

Een
kwart
PRIVAATRECHTELIJKE
eeuw
OPSTELLEN

AANGEBODEN AAN PROF. MR. H.J. SNIJDERS
TER GELEGENHEID VAN ZIJN EMERITAAT



Wolters Kluwer

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*



Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

Omslagontwerp: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978-90-13-13633-3

© 2016 Wolters Kluwer Nederland BV

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, 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 uitgeverij.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

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.

Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.wolterskluwer.nl.

Voorwoord

Een kwart eeuw ... Vierentwintig jaren, bijna een kwart eeuw, was prof. mr. H.J. Snijders – voor intimi: Henk – hoogleraar in het burgerlijk recht, later ook in het burgerlijk procesrecht, aan de Universiteit Leiden.

Hij vervulde die functie met bekwaamheid, overtuiging en enthousiasme. Van nagenoeg alle aspecten genoot hij: het omgaan met studenten, het coachen van promovendi, het schrijven van een boek, artikel of noot, het besturen van een instituut, afdeling of sectie, het deelnemen aan een commissie, het bijwonen van een oratie, promotie of festiviteit.

Binnen het privaatrecht hebben het arbitragerecht, het burgerlijk procesrecht, het contractenrecht en het goederenrecht Henks voorliefde. Hij schreef daarover belangrijke publicaties. Niet zelden koos hij de vorm van een boek: *Nederlands arbitragerecht*, *Nederlands burgerlijk procesrecht* (met Klaassen en Meijer), *Civiel appel* (met Wendels), *Goederenrecht* (met Rank-Berenschot). Maar hij publiceerde ook vele fraaie opstellen en, als vaste annotator van de *Nederlandse Jurisprudentie*, maar liefst driehonderd even zo fraaie noten. ‘Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht’ werd onder zijn leiding een bloeiend onderzoeksgebied. Ondertussen was hij – onder meer – hoofdredacteur en redacteur van diverse juridische uitgaven, raadsheer-plaatsvervanger, Nederlands vertegenwoordiger bij UNCTRAL, voorzitter van SER-overleggroepen, arbiter, commissaris, en, in Leiden, wetenschappelijk directeur van het Instituut voor Privaatrecht en directeur van de Advanced master International Civil and Commercial Law.

Voor Henk Snijders was het intreden van zijn emeritaat, in de zomer van 2016, niet een gebeurtenis waar hij reikhalzend naar uitzag. Integendeel; waarschijnlijk had hij liever ‘gewoon’ doorgewerkt. Voor een goed verstaander was dat mede op te maken uit vlottende wijze waarop hij het moment van zijn afscheidscollege bepaalde: eerst sprak hij van september 2016, toen van eind 2016, vervolgens van maart/juni 2017. Uiteindelijk is het de allerlaatste dag van het voorjaarssemester geworden: 30 juni 2017. In verband met deze temporele ontwikkeling wordt deze vriendenbundel niet ter gelegenheid van zijn afscheidsrede, maar voordien, tijdens een symposium, aan de jonge emeritus aangeboden.

Gelukkig betekent het intreden van Henks emeritaat allerm minst een afscheid. Hij blijft aan het facultaire onderwijs en onderzoek verbonden, op basis van een nulaanstelling, i.e. een onbetaald dienstverband. Zijn tegenzin tegen die benaming – het woorddeel ‘nul’ mist zijn sympathie – heeft hij daartoe moeten overwinnen. Relevant meer ziet Henk in de alternatieve titel ‘kiwipro’, die verwijst naar een pro(fessor) die, als dank voor zijn gewaardeerde inspanningen, jaarlijks een ki(stje) (goede) wi(jn) tegemoet kan zien.

Ook deze vriendenbundel markeert dus, tot ons genoegen, geen afscheid. Veeleer markeert hij slechts het eindmoment van Henks officiële Leidse aanstelling, als opvolger van de bundel die hij een kwart eeuw geleden aan de Erasmus Universiteit kreeg aangeboden, toen hij van Rotterdam naar Leiden trok.¹ De auteurs zijn voornamelijk afkomstig uit enkele hem na aan het hart liggende kringen: de arbitragewereld, degenen met wie hij boeken schreef en schrijft, de afdelingsvoorzitters in het Instituut voor Privaatrecht, de promoti van zijn Leidse periode, zijn promovendi, de leden van de Afdeling civiel recht (voorheen: Afdeling burgerlijk recht), en – in een enkel geval – zijn gezin. De gepresenteerde bespiegelingen staan in de sleutel van het overkoepelende thema ‘Een kwart eeuw’. Uiteraard heeft dit menig auteur niet belet mede een blik op de toekomst te werpen.

Auteurs en redactie hopen dat deze beschouwingen bij Henk Sniijders in de smaak zullen vallen. Zij bieden hem dit boek gaarne aan. In vriendschap – maar allerm minst ten afscheid.

Willem van Boom

Clementine Breedveld-de Voogd

Alex Geert Castermans

Monique de Deugd-Dijkman

Jaap Hijma

¹ R. Zwitter et al., *Tot persistit!*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Inhoudsopgave

Woord vooraf	V
Oraliteit als nieuw beginsel van burgerlijk procesrecht: de pleitnota kan dus pleite!	I
<i>Margreet Ahsmann</i>	
1. Inleiding	I
2. Schets van de pleidooien en de pleitnota	2
3. Schets van de comparitie van partijen	4
4. De mondelinge behandeling en het oraliteitsbeginsel	8
5. De terechte afschaffing van de pleidooizitting	10
6. De onterechte afschaffing van de term 'pleiten'	11
7. De rol van de advocaat op de zitting en het pleiten (art. 30k)	12
8. Het nieuwe Procesreglement	15
9. Afschaffing van de pleitnota	16
Law and Music	23
<i>Daan Asser</i>	
1. Muziek en recht?	23
2. Law and Music: oorsprong en doel	24
3. Muziek als bondgenoot van macht en recht	25
4. Muziek en strijd	25
5. Muziekregels zelf onder vuur	26
6. Er moet gescoord worden	27
7. Law and Music – spanning oplossen: dissonanten en consonanten hun plaats geven	28
Burgerlijk (proces)recht en ADR	31
<i>Ellen van Beukering-Rosmuller</i>	
1. Inleiding	31
2. Inleidende opmerkingen ADR/mediation in het burgerlijk recht: De Europese Mediationrichtlijn, de Nederlandse Implementatiewet en nieuwe voorstellen van wet	32
3. De beslechting van juridische deelgeschillen in mediation	34
4. De tenuitvoerlegging van een ADR-/mediationresultaat	37
5. Slot	39
Armoede in het burgerlijk recht	41
<i>Thijs Beumers en Alex Geert Castermans</i>	
1. Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW	41
2. Armoedebestrijding	43
3. Ongelijkheidscompensatie als doel van burgerlijk recht	45
4. Onderscheid naar vermogen	49

5. De arme cliënt	51
6. De matigingsbevoegdheid	56
7. Afronding	59
Wie is de bezitter van de bijtende bouwvier?	61
<i>Clementine Breedveld-de Voogd</i>	
1. Aansprakelijkheidsrecht, goederenrecht en bewijsrecht	61
2. Hangmat en Imagine	61
3. Stelplicht, bewijslast en argumentatielast	64
4. Medehouderschap, medebezit en mede-eigendom	66
5. Mede-eigendom van een opstal bij buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten en bij ongehuwde samenwoners	68
6. Mede-eigendom van een dier bij buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten en bij ongehuwde samenwoners	69
7. Bezit bij in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten	71
8. Bezit en relativiteit; voer voor generalisten	74
Versterking van de procedurele positie van minderjarigen in het jeugdbeschermingsrecht – een brug te ver?	75
<i>Mariëlle Bruning</i>	
1. Inleiding	75
2. Civiele procespositie minderjarigen	76
3. Jeugdbeschermingszaken en de positie van de minderjarige	79
4. Procedurele rechten van minderjarigen bij jeugdbescherming	81
5. Ten slotte	89
Verkapt incidenteel appel: tegenspraak in vermomming	91
<i>Mark de Folter</i>	
1. Probleemstelling of leidmotief?	91
2. Verkapt appel	94
3. Verkapt incidenteel appel	96
4. Tegenstrijdig systeem?	98
De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten	101
<i>Ruben de Graaff</i>	
1. Inleiding	101
2. Welke ruimte biedt het EVRM?	103
3. Welke ruimte biedt het staatsrecht?	107
4. Welke ruimte bieden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid?	113
5. De verhouding tot het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet	119
6. Conclusie	123
Een kwart eeuw later: van benzinemonster naar rijdende iPad	125
<i>Ton Hartlief</i>	
1. Constante, verandering en vooruitgang	125
2. Onderweg naar morgen	126
3. Risicoaansprakelijkheid of verkeersverzekering?	127
4. Meer dan een kwart eeuw verkeersongevallenrecht in vogelvlucht	129

5. Pas op de plaats	134
6. Een nieuwe impuls	135
7. Waar ligt de toekomst van het verkeersongevallenrecht?	138
Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht	141
<i>Jan-Michiel Hebly</i>	
1. Inleiding	141
2. Marktconsultatie	142
3. Procedure marktconsultatie	144
4. Belangenconflicten	146
5. Bewijslastverdeling belangenconflicten	151
6. Toezicht	152
Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en Engels recht	155
<i>Anne Hendrikx</i>	
1. Inleiding	155
2. Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands recht	156
3. Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Engels recht	159
4. De uitspraak: <i>Marks and Spencer plc v BNP Paribas</i>	162
5. Conclusie	164
De klachtplicht beteugeld	167
<i>Jaap Hijma</i>	
1. Inleiding	167
2. Een kwart eeuw klachtplicht	168
3. Eerste weg; aanpalende situaties	169
4. Tweede weg; aanpalende grondslagen	170
5. Derde weg; sanctionering	172
6. Vierde weg; nadere vereisten	173
7. Vijfde weg; uitzonderingen	174
8. Zesde weg; aanvang klachttermijn	176
9. Zevende weg; lengte klachttermijn	177
10. Achtste weg; stelplicht en bewijslast	178
11. Negende weg; derogerende redelijkheid en billijkheid	179
12. Evaluatie	180
Meneer de voorzitter!	183
<i>Fredy von Hombracht-Brinkman</i>	
1. Inleiding	183
2. Hoe wordt een arbiter voorzitter van een NAI-scheidsgerecht?	183
3. Waar noemen de Arbitragewet en het NAI-arbitragereglement de voorzitter?	185
4. Andere taken	188
5. Een korte blik op de wereld buiten Nederland	189
6. Conclusie	189

Een kwart eeuw feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid	191
<i>Elselique Hoogervorst en Pauline Memelink</i>	
1. Inleiding	191
2. Iets meer over feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid en het onderscheid daartussen	192
3. 'Notoire bekendheid' in de moderne wereld	194
4. Enkele procesrechtelijke aspecten	196
5. De Hoge Raad en feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid	199
6. Enige conclusies	208
 Kwalificatie van effectenleaseovereenkomsten	211
<i>Iris Houben</i>	
1. Inleiding	211
2. Begrip financial leaseovereenkomst	212
3. Kwalificatie van onbenoemde overeenkomsten	212
4. Kwalificatie van aandelenleaseovereenkomsten als huurkoop	213
5. De aanzuigende werking van de benoemde overeenkomst	218
6. Tot slot	220
 Stedelijke erfpacht in transitie	223
<i>Pim Huijgen</i>	
1. Inleiding	223
2. Hoe was het ook alweer?	224
3. Redenen voor een koerswijziging	225
4. De nieuwe situatie rond stedelijke erfpacht	227
5. Conclusie	230
 Bewijsregels voor uitleg van overeenkomsten	231
<i>Kasper Jansen</i>	
1. Het zwaard van de Hoge Raad	231
2. Uitleg van overeenkomsten: een kwart eeuw ongereguleerd	232
3. Uitleg: feitelijk of juridisch?	233
4. Gezichtspunten voor uitleg in de rechtspraak van de Hoge Raad	234
5. Uitlegregels in de rechtspraak van de Hoge Raad	237
6. Bewijsregels voor contractsuitleg	239
7. Evaluatie bewijsregels	240
8. Slot	242
 Van talkshows, babbelboxen en het fundamentele recht op 'oral hearing'	243
<i>Carla Klaassen</i>	
1. Inleiding	243
2. Recht op hoor en wederhoor, en wel (ook) mondeling	243
3. Het recht op pleidooi, in het bijzonder in hoger beroep. Enkele hoofdlijnen	244
4. De afschaffing van het recht op pleidooi ingevolge 'KEI'	248
5. Enkele nadere opmerkingen betreffende de mondelinge behandeling in hoger beroep 'onder KEI'	250
6. Afronding	252

Ongemotiveerd en onaantastbaar? Over de gevolgen van een uitsluiting van het motiveringsvereiste voor de controle op arbitrale vonnissen door de overheidsrechter	253
<i>Marte Knigge</i>	
1. Inleiding	253
2. Achtergrond van de uitsluiting van het motiveringsvereiste	254
3. Beperking toetsingsmogelijkheden van de overheidsrechter	255
4. De uitsluiting van het motiveringsvereiste in Engeland	265
5. Afsluitende opmerkingen	268
 Partijgetuigen in het civiele recht: België en Nederland	271
<i>Bart Krans en Piet Taelman</i>	
1. Niet geheel gerust	271
2. Het getuigenbewijs in het gereguleerde Belgische civiele bewijsrecht	271
3. België kent de partijgetuigenis niet ...	275
4. ... maar wel het verhoor van partijen	276
5. Wie is partij?	278
6. Schendt het niet kennen van de partijgetuige het <i>fair trial</i> vereiste?	280
7. Partijen kunnen getuigen	281
8. Wanneer voldoende ander bewijs: praktische puzzels (I)	284
9. Wanneer voldoende ander bewijs: praktische puzzels (II)	285
10. Meer principiële bezwaren	287
11. Tot besluit	288
 Over de dief die eigenaar geworden is	291
<i>Teun van der Linden</i>	
1. Inleiding	291
2. Eigendomsverrijking door de dief	292
3. Wordt een dief bezitter?	293
4. De redelijkheid en billijkheid en verkrijgende verjaring	294
5. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking	296
6. De redelijkheid en billijkheid en bevrijdende verjaring	299
7. <i>Pye/Verenigd Koninkrijk</i>	303
8. Besluit	304
 Een scherpe blik in de glazen bol	307
<i>Siewert Lindenberg</i>	
1. Aanrijding als aanleiding	307
2. Onzekerheid en 'omkering'	308
3. Een vooruitziende blik	309
4. Toepassingsbereik	310
5. Rechtvaardiging	311
6. Tegenbewijs	312
7. Tot slot	312
 Vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid: een contradictio in terminis?	313
<i>Tea Mellema-Kranenburg</i>	
1. Inleiding	313
2. Ratio vruchtgebruik moderne maatschappij	314

3. Begripsbepaling vruchtgebruik	314
4. De vervreemdings- en verteringsbevoegdheid van art. 3:212 BW	315
5. De vervreemdings- en verteringsbevoegdheid van art. 3:215 BW	316
6. Praktische problemen met betrekking tot verteringsbevoegdheid	318
7. Oplossing voor de praktische problemen	319
8. Oplossing voor de theoretische problemen	320
9. Wenselijkheid verteringsbevoegdheid in geval van verzorgingsvruchtgebruik (art. 4:30 BW)	320
10. Conclusie	321

Openbare orde in de context van art. 3:40 lid 1 BW en regelgeving buiten het BW 323

Hetty ten Oever en Gitta Veldt

1. Inleiding	323
2. De werking van art. 3:40 BW – een resumé	325
3. Het begrip openbare orde	327
4. Vier gezichtspunten	328
5. Het <i>Wav</i> -arrest	333
6. Doorwerking van Europese bepalingen via art. 3:40 lid 1 BW	338
7. Conclusie	342

De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint van grijs? 343

Charlotte Pavillon

1. De Nederlandse lijsten: zwart en grijs	343
2. De kleur van de Europese lijst: blauw of oranje	344
3. De ambtshalve toetsing van bedingen in algemene voorwaarden	347
4. De rol van de Europese lijst bij de ambtshalve toetsing aan de open norm	348
5. De rechtspraak van het HvJ met betrekking tot de Europese lijst en de plicht tot richtlijnconforme uitleg	350
6. De kleur van de Europese lijst: toch (zacht) grijs?	353
7. Conclusie	355

Aan 't werk kent gij den Kunstenaar 357

Peter Smits

1. Poëzie en wijn	357
2. Deelaspecten van het recht op een <i>fair hearing</i>	358
3. Deelaspecten van het recht op een <i>impartial tribunal</i>	361
4. Deelaspecten van het recht op <i>access to justice</i>	363
5. Een nieuw tijdperk	365

Fixatiebeginsel en partijautonomie 367

Jurian Snijders

1. Inleiding	367
2. Het fixatiebeginsel	369
3. Fixatie van het actief	369
4. Fixatie van het passief	371
5. Verhaal door pand- of hypotheekhouder voor toekomstige vorderingen en het fixatiebeginsel	373

6. Bepaling van ontstaansmoment van vorderingen door partijen en het fixatiebeginsel	376
7. Tot besluit	382
Familiebanden en banden van genegenheid in het aansprakelijkheidsrecht: een wandeling langs vier portretten	383
<i>Pieter De Tavernier</i>	
1. Gibson v Gibson	384
2. The Doering Kids	386
3. Bertrand	389
4. Alcock	395
Toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs in Nederland: <i>Quis custodiet ipsos custodes?</i>	401
<i>Eline Verhage en Pauline Ribbers</i>	
1. Inleiding	401
2. Verplichte toepassing van EU-(consumenten)recht door arbiters en bindend adviseurs	402
3. <i>Ex post</i> controle door de overheidsrechter van de toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs	411
4. Controle op Europese schaal: grenzen en mogelijkheden	417
5. Afsluiting	424
Opschorting en schorsing in het onderwijs: een van tweeën of van tweeën één?	425
<i>Stijn Voskamp</i>	
1. Inleiding	425
2. Opschorting in het onderwijs	427
3. Schorsing in het onderwijs	432
4. Verhouding opschorting en schorsing	437
5. Schorsing en opschorting voor de civiele rechter	443
6. Opschorting en schorsing: een van tweeën of van tweeën één?	451
Waarom de verzamelpandakte-constructie geen 'floating charge' is	453
<i>Jeroen van der Weide</i>	
1. Een grenzeloze kameleon	453
2. Generieke zekerheidsrechten aan beide zijden van Het Kanaal	454
3. Van speciaal naar generaal. De Nederlandse verzamelpandakte-constructie	456
4. 'A brilliant creation'. De Engelse 'floating charge'	460
5. When Harry Met Sally...	466
De temporele status van opschortend voorwaardelijke vorderingen: een kwestie van uitleg	469
<i>Bart van der Wiel</i>	
1. Inleiding	469
2. Voorwaardelijkheid en toekomstigheid	470
3. Derivatieve verkrijging van vorderingen	472
4. Buitencontractuele originele verkrijging van vorderingen	473
5. Contractuele originele verkrijging van vorderingen	479
6. Een kwestie van uitleg	488

Mitigating the democratic entropy of worker cooperatives: a holacratic approach	491
<i>Iris Wuisman and Morshed Mannan</i>	
1. Introduction	491
2. The Life Cycle of a Workers' Cooperative	495
3. The Irony of Consensus and the Iron Law of Oligarchy	497
4. Reviving Democracy and Self-Determination: A Holacratic Approach	501
Trefwoordenregister	511

Oraliteit als nieuw beginsel van burgerlijk procesrecht: de pleitnota kan dus pleite!

Margreet Ahsmann¹

I. Inleiding

Nederland ‘oraliseert’, aldus de openingszin van een bijdrage van Henk Snijders in 1999 aan de feestbundel van het 75-jarige Leidse Pleitdispuut ‘Tobias Asser’.² Henk heeft met zijn artikel profetisch vooruitgeblikt. Niet alleen brak hij daarin een lans voor de oraliteit in de procedure maar ‘met het oog op de volgende lustrumbundel’ ook voor een ander gezichtspunt, namelijk voor ‘de virtualiteit’ en ‘de elektronische componenten’, zoals hij dat noemde. Toen kon hij nog schrijven dat het orale argument in de procedure de afgelopen decennia weliswaar belangrijker was geworden, maar dat het Nederlandse burgerlijk procesrecht, anders dan dat van andere landen, niet een hoofdbeginsel van mondelinge behandeling kent³ en dat het de hoogste tijd is dat advocaat en rechter met elkaar via de computer gaan communiceren. Nog geen twintig jaar later wordt dit alles praktijk met het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (onderdeel van het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI)), dat op het moment van het schrijven van deze bijdrage ter behandeling bij de Eerste Kamer ligt.⁴ De digitale wijze van procesvoering is geïntroduceerd en de mondelinge behandeling wordt in de Memorie van Toelichting (MvT) ‘het hart

¹ Prof. mr. M.J.A.M. Ahsmann is buitengewoon hoogleraar Rechtspleging in Leiden en tevens senior rechter A (team Handel) in de Rechtbank Den Haag.

² H.J. Snijders, ‘Een Assertieve vooruitblik’, in: *ASSERTief! dertien wijzen van pleiten, 75 jaar Juridisch dispuut Tobias Asser*, Den Haag-Leiden 1999, p. 7-13. In zijn noot onder HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341 schreef hij al: ‘Al met al kan niet ontkend worden dat Nederland “oraliseert”.’

³ Vgl. ook zijn noot onder HR 6 maart 1993, *NJ* 1993/79. Daarin schreef hij dat, anders dan menig omringend land, Nederland niet het ‘principe d’oralité’ kent. Zie voorts in dezelfde zin H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht* (5^e druk), Deventer 2011, nr. 32.

⁴ Wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, nr. 34059, hierna: het wetsvoorstel. Na afsluiting van deze bijdrage heeft de Eerste Kamer (op 12 juli 2016) het wetsvoorstel met algemene stemmen aangenomen.

van de nieuwe basisprocedure' genoemd.⁵ Met dit laatste wordt het oraliteitsbeginsel als fundamenteel beginsel van procesrecht een feit.

Als er één betrokkenheid van Henk met betrekking tot 'oraliteit' kan worden genoemd, is het wel zijn bemoeienis met het pleiten tijdens de studie: al jaren is hij beschermheer van onder meer de Stichting Nederlands-Vlaamse Pleitcompetitie en jaarlijks worden onder zijn bezielende leiding pleitcompetities georganiseerd. Wat ligt meer voor de hand dan om in zijn *liber amicorum* in te gaan op de vraag naar de betekenis van het pleidooi en de rol van de pleitnota in het ophanden zijnde nieuwe burgerlijke procesrecht? Immers in de nieuwe wetgeving is het stevig in onze nationale rechtscultuur verankerde recht op een pleidooizitting geschrapt. In eerste aanleg wordt het pleidooi, neergelegd in art. 134 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv), thans doorgaans al geacht te zijn geïncorporeerd in de comparitie na antwoord. Maar over de comparitie bestaat in de huidige procespraktijk onvrede omdat rechters ter zitting een verschillende invulling geven aan de mogelijkheid tot pleiten en het indienen van een pleitnota. Zal het wetsvoorstel, mede gelet op de ideeën die de minister daarover in de parlementaire behandeling heeft ontvouwd, leiden tot meer eenvormigheid onder rechters over de rol van advocaten ter zitting? Wat betekent eigenlijk 'pleiten'? Bestaat er een recht op pleiten ter zitting en op het indienen van een pleitnota? En hoe verhoudt de pleitnota zich tot het genoemde nieuwe beginsel van procesrecht?

2. Schets van de pleidooien en de pleitnota

Comparitie en pleidooien zijn eeuwenoude instituten die steeds naar vorm en inhoud min of meer gelijk zijn gebleven.⁶ Zij hebben van meet af aan met elkaar gemeen dat sprake is van een mondelinge behandeling waarbij de rechter bevoegd is aan partijen opheldering te vragen over hetgeen in de stukken staat of ter zitting wordt toegelicht. Zij verschilden echter ook van karakter. Het doel van de doorgaans door de rechter ambtshalve bevolen 'verschijning' – de wettelijke naam van de comparitie – was 'de feitelijke toedracht der zaak, voor zover hem die uit de schrifturen en pleidooien niet helder is geworden, door een rechtstreekse aanraking met partijen zoveel mogelijk tot klaarheid te brengen'. Het klassieke

⁵ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 70-71. Zie over het wetsvoorstel onder meer C.J.M. Klaassen, 'De civiele procedure volgens "KEI"', *Themis* 2016, p. 74-84; H.F.M. Hofhuis, 'Vernieuwing van het civiele proces', *Trema* 2015, p. 10-18; K. Teuben & K.J.O. Jansen, 'Het Wetsvoorstel vereenvoudiging en digitalisering procesrecht: kanttekeningen vanuit de praktijk', *TCR* 2015, p. 3-10; A.I.M. van Mierlo & P.J.J. Vonk, 'Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht; procederen in nieuwe jas na KEI', *WPNR* 2015, p. 511-520. Zie voorts W.D.H. Asser e.a., *Procesinnovatie: KEIgoede ideeën* [= Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, nr. 32]), Den Haag 2015, en verslag daarvan door J.J. Dammingh & L.M. van den Berg, *TCR* 2016, p. 25-33.

⁶ Ik beperk me in het navolgende tot de inlichtingencomparitie en bespreek verder niet de schikkingscomparitie.

pleidooi geschiedde echter altijd op verzoek, doorgaans buiten aanwezigheid van cliënten en voor een meervoudige kamer (MK). Advocaten hielden een eenzijdig betoog om ‘mondeling toelichten en te ontwikkelen, wat de conclusiën kort samenvatten’.⁷ Rechters waren terughoudend een advocaat daarbij te onderbreken en stelden hooguit aan het slot enkele vragen. Een advocaat schreef daarbij vaak voor zichzelf tevoren een reeks aantekeningen op, in wat men een pleitnota is gaan noemen.

Vanaf de invoering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (1838) zijn pleidooien (evenals de comparitie, waarover hieronder meer) niet helder in de wet geregeld en heeft de procespraktijk zich in dit opzicht gevormd, ja zelfs soms een principiële ommakeer in het gebruik teweeggebracht. Het heeft ertoe geleid dat menig misverstand over de rol van rechter en advocaat ter zitting heeft kunnen ontstaan. De Hoge Raad bood dan doorgaans uitkomst. Vanwege het zwijgen van de wet bestond bijvoorbeeld lang de idee dat een pleidooi zich slechts mocht beperken tot een toelichting op de geschreven stukken en dat geen nieuwe feiten te berde gebracht mochten worden. De Hoge Raad heeft in de loop der decennia verduidelijkt dat onder een pleidooi een volledige voortgezette behandeling van de zaak naar feiten én rechten moet worden verstaan; scheiding tussen feit en recht werd onhoudbaar geacht.⁸ Geleidelijk aan heeft de Hoge Raad voorts toegestaan dat de rechter acht mag slaan op voor het eerst bij pleidooi aangevoerde feiten, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Eén van de voorwaarden is dat de wederpartij de nieuwe feiten erkent of geen bezwaar maakt, dan wel dat het niet strijdig is met de goede procesorde (omdat bijvoorbeeld de wederpartij vanwege de complexiteit onvoldoende in staat is te reageren).⁹ Sinds de laatste twee decennia is voorts vaste jurisprudentie dat een procespartij, indien zij dat verzoekt, in beginsel het recht heeft haar standpunt mondeling bij pleidooi ten overstaan van de rechter uiteen te zetten, tenzij sprake is van strijdigheid met goede procesorde of zij al in voldoende mate haar standpunt op de comparitie naar voren heeft kunnen brengen.¹⁰ Het is daarbij inmiddels gebruik geworden dat ieder rechterlijk college vier termijnen, en dus re- en dupliek, toestaat.

7 Beide citaten ontleend aan R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsch Burgerlijk Procesrecht*, dl. III, Leiden 1901, p. 184 resp. dl. II, 1900, p. 125; vgl. voorts dl. V, 1900, p. 149 e.v.

8 L. Hardenberg, ‘De rol van pleidooi en pleitaantekeningen in het burgerlijk geding’, *NJB* 1968, p. 1129-1140; C.D. van Boeschoten, ‘De pleitnota’, in: *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer 1983, p. 47-58.

9 HR 8 april 1960, *NJ* 1960/262; HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34, m.nt. Brunner; HR 27 september 1991, *NJ* 1991/801; HR 22 februari 2008, *NJ* 2008/124. J. Ekelmans, *In eerste aanleg, De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg*, Deventer 2015, nr. 68, p. 90-92.

10 HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341, m.nt. Snijders. Later diverse malen herhaald; zie voor meer vindplaatsen Ekelmans 2015, nr. 73, p. 101.

Een pleitnota heeft de wet als zodanig nooit gekend en een officiële status heeft zij niet. Omtrent status en het gebruik ervan heeft dan ook niet steeds overeenstemming bestaan. De pleitnota, door Johannes van der Linden einde achttiende eeuw ‘pleit-memorïe’ genoemd,¹¹ heeft zich ontwikkeld van een schets (*analysis*), een geheugensteuntje voor de advocaat, tot een volwassen gedingstuk. Er waren in de twintigste eeuw rechters die haar weigerden vanwege het gevaar dat daarin een beschouwing stond die niet ter sprake was gebracht en waarover de wederpartij zich dus niet had kunnen uitlaten. Anderen daarentegen vonden het gebruik juist doelmatig ter opscherping van hun geheugen bij de latere bestudering van de zaak, zodat het ook de rechter tot nut was.¹² Rechterlijke colleges voerden dientengevolge een zeer verschillend en vaak wisselend beleid ten aanzien van het inlassen van pleitnota’s, hoewel de pleitnota in de praktijk een steeds belangrijker rol ging spelen. Omdat de pleitnota niet het karakter had van een conclusie werd zij in hoger beroep vaak veiligheidshalve bij akte in het geding gebracht. Deze praktijk is uiteindelijk in 1984 door de Hoge Raad gesanctioneerd omdat hij toen accepteerde dat een overgelegde pleitnota behoort tot de gedingstukken en daarmee tot de feitelijke grondslag.¹³ De Hoge Raad heeft zich echter nooit uitgesproken over de vraag of art. 6 EVRM ook inhoudt dat partijen bij een mondelinge behandeling het recht hebben een pleitnota over te leggen. Wel is het vaste gewoonte geworden dat partijen ter gelegenheid van de pleidooien een pleitnota indienen; de lengte ervan wisselt, afhankelijk van de toegestane spreektijd.

3. Schets van de comparitie van partijen

Terwijl inmiddels min of meer consensus bestaat over vorm en inrichting van de pleidooien is dat niet het geval bij wat sinds het einde van de jaren ‘60, in navolging van een Rotterdams experiment, in de praktijk de ‘comparitie na antwoord’ is gaan heten.¹⁴ De regeling van de ‘verschijning’ heeft sinds de invoering in 1838 (en dus niet pas in 1923¹⁵) van meet af aan uitgeblonken in beknoptheid, leidde tot twijfel over het toepassingsbereik en is mede daardoor in de negentiende eeuw nauwelijks benut. Het toenmalige art. 49 Rv bepaalde slechts: ‘Indien de regter eene verschijning van partijen beveelt, zal hij den dag en het uur daartoe bij

¹¹ *Verhandeling over de judiciele practijc of form van procederen*, dl. II, Leyden, 1798, p. 28-35. Zie ook diens *De ware pleiter* (Fotomechanische herdruk van de editie 1827), 's-Gravenhage 1989, p. 43 e.v.

¹² R.P. Cleveringa, *W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, deel I*, Zwolle 1972, p. 623.

¹³ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984/765, m.nt. Haardt.

¹⁴ F.J.M. Nivard, ‘Ambtshalve bevolen comparities van partijen na conclusie van antwoord’, *NJB* 1968, afl. 4, p. 89-94.

¹⁵ Zoals Th.S. Röell betoogt in: D. Allewijn e.a., *De mondelinge behandeling, negen jaar met het nieuwe burgerlijk procesrecht* [= Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, nr. 26], Den Haag 2011, p. 10.

het vonnis bepalen.’ Door de invoering in 1923 van art. 19a Rv (het huidige art. 88 Rv) en een aanvulling van art. 19 (waardoor art. 49 Rv overbodig werd) heeft de wetgever wel de strekking van de oude bepaling verduidelijkt, maar geen inhoudelijke maatstaven aangereikt.

Uit de Franse geschiedenis van de bepaling (die teruggaat tot 1667) en uit de MvT van destijds blijkt al dat het doel van de verschijning is het stellen van vragen aan partijen over alles wat de rechter dienstig acht en dat art. 49 Rv niet slechts betrekking had op de schikkingscomparitie van art. 19 Rv, zoals vaak werd gedacht. Aanvankelijk werd verlangd het onderwerp der comparitie in het vonnis tot uitdrukking te brengen, maar daar wilde de regering niet aan ‘omdat daardoor tot allerlei instigatiën kon aanleiding gegeven worden, en aldus het doel der bijeenkomst verijdeld of moeilijk gemaakt’. De keuze van de vragen werd geheel aan de rechter overgelaten ‘van wien als onzijdig persoon geen verschalking te wachten is’.¹⁶ Het ontlokken van bekentenissen door de rechter werd namelijk gevreesd, ook al werd beseft dat de vragen aan partijen gesteld teneinde opheldering te verkrijgen een erkenning omtrent een of ander feit ten gevolge kon hebben. Bijna twee eeuwen later is dit nog steeds een heikel onderwerp en vergelijkbaar discussiepunt. Van de rechter wordt thans verlangd tevoren een zittingsagenda te maken met onder meer als doel het verloop van de zitting voor partijen voorspelbaarder te maken en verrassingen te voorkomen. De inlichtingencomparitie, waarbij altijd professionele bijstand mogelijk is geweest, heeft zich in de twintigste eeuw verder kunnen ontwikkelen tot het instrument waartoe het van meet af aan is bedoeld, namelijk ‘de découvrir beaucoup plus facilement la vérité’.

Sinds de invoering in 2002 van de in beginsel standaard te gelasten comparitie na antwoord (waarbij re- en dupliek nog slechts bij uitzondering zijn toegelaten) is veel en overigens begrijpelijke onvrede ontstaan over de verschillende wijzen waarop rechters invulling geven aan hun taak ter comparitie.¹⁷ De irritatie behelst vooral de vraag of standaard op de comparitie gepleit mag worden, op welk moment en of gebruik mag worden gemaakt van een pleitnota.¹⁸ Advocaten wordt soms zelfs belet iets te zeggen omdat de rechter geen behoefte heeft aan verdere toelichting. Rechtbanken laten uiteenlopende opvattingen zien over de vraag of gepleit mag worden met behulp van een pleitnota. Bovendien wordt het soms ter zitting alsnog door de rechter toegestaan, hoewel het volgens het comparitievonnis juist niet mocht.¹⁹ Het wetboek biedt geen houvast, evenmin het Landelijk Procesreglement

¹⁶ Zie hiervoor noot 7. Voorts V.d.S., ‘Verschijning van partijen in persoon voor den regter’, *Themis* 1857, p. 188-198, en A. de Pinto, ‘Over de verschijning van partijen in persoon voor den regter’, *Themis* 1857, p. 517-522.

¹⁷ M. Ahsmann, ‘Comparitie en pleidooien’, in: A.W. Jongbloed & L.R.H. Ernes (red.), *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht* (6^e druk), 2014, hoofdstuk 8, p. 183-209.

¹⁸ R.J. Verschoof, ‘De praktijk van de comparitie na antwoord’, *Trema* 2004, p. 339-345.

¹⁹ R.B. Gerretsen heeft van negen rechtbanken het comparitievonnis opgevraagd en uiteengezet waaruit de verschillen bestaan; zie diens ‘Comparitienotities’, in: Allewijn 2011, p. 43-52. Een beknopte steekproef leerde mij dat dit thans niet veel anders is.

voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken. In art. 4.1 daarvan is wél vastgelegd dat in het comparatievonnis de datum en het begin- en eindtijdstip van de comparitie moeten worden vermeld en zijn enkele aspecten genoemd – bijvoorbeeld de onderwerpen – die in het comparatievonnis ter sprake kunnen worden gebracht. Maar over de rol van de advocaat ter zitting is niets opgenomen.²⁰

De *Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord* (hierna: *Handleiding*) beoogde uniformiteit te brengen en zo de comparitie voorspelbaarder te maken.²¹ In de literatuur wordt onderkend dat de *Handleiding* niet de gewenste eenvormige gedragslijn onder rechters heeft gebracht.²² Omdat in de publicaties echter een analyse van de bedoelde tekst ontbreekt, acht ik het zinvol de betreffende passage onder het vergrootglas te leggen. Onder het kopje ‘Instructie: wel of niet pleiten?’ (nr. 13) staat het volgende:

‘Het woord pleiten duidt in deze handleiding in beginsel alleen op het juridisch beargmenteren van de zaak aan de hand van een voorbereide, uitgeschreven pleitnotitie.’

Vervolgens wordt onderscheid aangebracht tussen de feitengaring en de juridische argumentatie:

‘Voor het verstrekken van inlichtingen waaraan de rechter behoefte heeft, de feitengaring (zie artikel 87 Rv [bedoeld is art. 88]) (...) zijn partijen veel aan het woord. (...) Bij de juridische argumentatie ligt dit anders. De juridische duiding van de feiten en onderbouwing van de eis en het verweer zijn – als het goed is – al uit de doeken gedaan in dagvaarding en conclusie van antwoord. Daarom bestaat over het algemeen niet veel noodzaak tot en behoefte aan nadere juridische argumentatie. (...) Als uitgangspunt wordt daarom gekozen dat het pleiten ter comparitie – in de in deze handleiding bedoelde zin – niet plaatsvindt. Dat zal immers (...) neerkomen op een overbodige herhaling.’

De tekst wijkt hiermee allereerst af van hetgeen desgevraagd indertijd door de minister is geantwoord als reactie op een (later ingetrokken) amendement om aan eiser een recht op repliek toe te kennen:

‘De comparitie na antwoord [zal] voor een deel een wat ander karakter kunnen krijgen dan thans. De comparitie zal elementen gaan vertonen die tot nu toe vooral met het pleidooi worden geassocieerd. (...) Het staat eiser hierbij vrij, gebruik

²⁰ Dat is anders voor de pleidooien. Voor de pleitzitting bepaalt het Procesreglement in art. 5.4 de totale spreektijd op anderhalf uur, waarbij iedere partij in de eerste termijn ten hoogste dertig minuten krijgt om haar standpunt toe te lichten. Over de pleitnota is echter niets geregeld.

²¹ De *Handleiding* is bedoeld als intern handboek voor de rechtspraak en voor buitenstaanders gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. De tweede versie dateert van 2009.

²² Afgezien van Gerretsen 2011, ook Ahsmann 2014, Ekelmans 2015, nr. 76, p. 104 en C.J.M. Klaassen, ‘Het recht op pleidooi, mede in het licht en zicht van “KEI”’, *Ars Aequi* 2016, p. 185-190.

*te maken van spreeknotities, een soort pleitnota's. Deze notities kunnen aan het proces-verbaal van de zitting worden gehecht. De rechter zal dergelijke op schrift gestelde aantekeningen accepteren, mits uiteraard de inhoud daarvan ook mondeling aan de orde is gekomen.*²³

De Handleiding vaart voorts met de gehanteerde terminologie en uitleg een eigen koers die historisch gezien onjuist is. Zij wijkt af van hetgeen van oudsher onder 'pleiten' wordt verstaan, namelijk het geven van een mondelinge toelichting door een advocaat van het partijstandpunt zonder onderscheid tussen de feiten en het recht en – in het verlengde daarvan – tussen hetgeen door partijen en door hun raadslieden wordt gezegd. Denk in dit verband aan het bepaalde in art. 20 oud Rv: 'De partijen mogen hare eigene zaak bepleiten (...).'²⁴

Voorts suggereert de tekst dat de rechter kan bepalen of hij al dan niet behoefte heeft om door een advocaat ter comparitie te worden voorgelicht. Weliswaar zwijgt de wet over de rol van de advocaat bij een comparitiezitting en gaat het bij de inlichtingencomparitie (anders dan bij de pleidooien) al van oudsher juist om het contact met de partij zelf, maar dat bewijst het ongeoorloofde niet van het de advocaat verbieden te spreken. Niet alleen wordt hiermee miskend dat een partij volgens art. 6 EVRM recht heeft op juridische bijstand maar ook wordt het beginsel van openbaarheid van de zitting ingeperkt wanneer een advocaat ter zitting niet in debat zou mogen gaan met een rechter over hetgeen is voorgevallen. Het recht op 'oral hearing' maakt immers in beginsel deel uit van het recht op een 'public hearing' als in dat artikel bedoeld.²⁵ Anders dan in de twintigste eeuw het geval was, heeft de advocaat sinds 2002 behoefte om meer invulling aan zijn rol ter comparitie te geven aangezien de zitting doorgaans de laatste mogelijkheid is om zijn punt te maken: immers na de comparitie wordt in beginsel een verdere conclusiewisseling niet meer toegestaan.

Ten onrechte wekt de Handleiding ten slotte de suggestie dat pleiten impliceert het recht om een pleitnota te overhandigen. Dat is niet een vanzelfsprekendheid, zoals in paragraaf 9 zal blijken. Het moge duidelijk zijn dat de gewraakte passage juridisch niet houdbaar en evenmin in lijn is met hetgeen door de wetgever op diverse plaatsen is gezegd.

De verhouding van de comparitie na antwoord tot de pleidooien is ook in de wetsgeschiedenis van het huidige art. 134 Rv toegelicht. Uit de oorspronkelijk

23 A.I.M. van Mierlo & F.M. Bart, *Parlementaire Geschiedenis herziening van het Burgerlijk Procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 609 en 652.

24 Cleveringa 1972, p. 262-264.

25 C.J.M. Klaassen, 'Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure', *Ars Aequi* 2010, p. 282, meent dat de comparitie niet kan worden beschouwd als een mondelinge behandeling als pleiten niet is toegestaan. Anders P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer 2008, p. 115.

voorgestelde wettekst kan worden afgeleid dat de minister toen al het recht op pleidooi in eerste aanleg overbodig achtte als een comparitie na antwoord had plaatsgehad.²⁶ De Raad van State uitte hierop evenwel fundamentele kritiek en verzocht de minister duidelijk te maken dat het recht op pleidooi een fundamenteel beginsel van procesrecht is. Daarop heeft deze de ontwerptekst van art. 134 Rv aangepast en het recht op pleidooi ‘desverlangd’ in lid 1 eerste zin vooropgesteld. Aan dat recht kunnen blijken de tweede zin evenwel beperkingen worden gesteld indien partijen zich ter comparitie *in voldoende mate* mondeling over de zaak hebben kunnen uitlaten. De MvT licht vervolgens nog eens toe wat de comparitie na antwoord met de pleidooien gemeen heeft: ‘een bespreking niet alleen van de in het geding zijnde rechtsvragen, maar ook van het feitelijk dispuut, waartoe partijen hun zaak mondeling ten overstaan van de rechter uiteenzetten en reageren op elkaars stellingen en in het geding gebrachte bescheiden. (...)’. Aldus vertoont de comparitie na antwoord, als afsluiting van de instructie, gelijkenis met het pleidooi.²⁷

De vraag is wat dit alles betekent voor de inrichting van de mondelinge behandeling, in het bijzonder of voortaan pleidooi en pleitnota moeten worden toegestaan, zoals wel wordt betoogd. Daartoe is het zinvol eerst te bezien wat de visie is van de minister op de nieuwe mondelinge behandeling en wat de wijzigingen van het wetsvoorstel op dit punt behelzen.

4. De mondelinge behandeling en het oraliteitsbeginsel

In de in het wetsvoorstel voorziene nieuwe basisprocedure is de mondelinge behandeling centraal gesteld. Het is de bedoeling dat partijen in persoon ter zitting verschijnen, waarbij de rechter in ‘onmiddellijk’ contact staat met partijen en het initiatief kan nemen om informatie boven tafel te krijgen. Hij kan hen op de mondelinge behandeling gedetailleerd en zonder enige restrictie ondervragen. Voorts bestaat de mogelijkheid om partijen, raadslieden en alle mogelijke getuigen/partijdeskundigen op één zitting bijeen te brengen en een mondeling eindvonnis te wijzen.

De procedure is echter niet volledig oraal, anders dan bijvoorbeeld het formula-proces in de Romeinse oudheid²⁸ en anders dan lange tijd in de Nederlanden het gebruik was. Daaraan is pas een duidelijk einde gekomen in de tijd van Paulus Merula, de eerste ambtsvoorganger van Henk Snijders die het procesrecht in Leiden doceerde en daarbij ook intensief met studenten optrok. Zijn *Maniere van procederen in civile saken* (1592), ontstaan in de tijd dat hij advocaat was, is

²⁶ N.H. Margetson, ‘Perikelen rond het pleidooi en de comparitie’, *Praktisch procederen* 2005, p. 39-47.

²⁷ *Parl. Gesch. Herziening Rv*, p. 337-338 en 652.

²⁸ Dat gold zowel de procedure *in iure* bij de praetor als de procedure die hierop volgde *apud iudicem*. De *litis contestatio* werd wel vastgelegd in een akte.

gedurende de gehele Republiek hét standaardwerk voor het burgerlijk procesrecht geweest.²⁹ Een voorontwerp daarvan gebruikte hij al bij zijn onderwijs, waarmee hij zijn tijd ver vooruit was: hij liet studenten namelijk ter oefening processen opvoeren die daarbij beurtelings de rol van eiser, gedaagde, advocaat en rechter speelden. Het was wetenschappelijke praktijkbeoefening *avant la lettre*.

Toen (einde zestiende eeuw) werden conclusies niet meer mondeling genomen en door de advocaat aan de griffier gedictéerd, maar door de advocaat zelf geschreven en door de procureur overhandigd aan de griffier. Ook het pleidooi kreeg toen zijn schriftelijke pendant.³⁰ De schriftelijkheid van het burgerlijk proces werd in de loop der eeuwen stap voor stap uitgebreid en is nog steeds een belangrijk aspect van de procedure. Maar de afstandelijke schriftelijkheid van procesvoering uit de 20^e eeuw is in de 21^e eeuw met het huidige wetsvoorstel substantieel minder geworden: re- en dupliek zijn formeel afgeschaft en de eindeloze aktewisselingen behoren definitief tot het verleden. Schriftelijkheid bestaat thans nog slechts op de volgende punten: partijen wisselen in beginsel slechts in één ronde schriftelijke stukken, de instructie door de rechter voorafgaand aan de mondelinge behandeling geschiedt nog schriftelijk en het proces-verbaal is (voorlopig nog) schriftelijk; alleen bij de bewijsmiddelen komt het accent meer en meer op schriftelijkheid te liggen omdat partijen worden aangemoedigd schriftelijke verklaringen in het geding te brengen teneinde omslachtige getuigenverhoren te voorkomen.

Nu de mondelinge behandeling een verplicht karakter heeft gekregen, het zwaartepunt van de procedure daar is komen te liggen en (gelet op de beperkte schriftelijkheid) een onmisbaar bestanddeel is geworden van de procedure, kan gezegd worden dat de oraliteit in de nieuwe procedure prevaleert en dat in zoverre sprake is van een nieuw beginsel van procesrecht: het 'oraliteitsbeginsel', ook al komt het als zodanig niet in het wetsvoorstel tot uitdrukking. In 2014 noemde de Hoge Raad het recht van partijen om hun standpunten mondeling ten overstaan van de rechter uiteen te zetten een 'fundamenteel beginsel van burgerlijk procesrecht'.³¹ Het oraliteitsbeginsel gaat in zekere zin nog een stap verder. Het is overigens in andere Europese landen wel in de wet benoemd. De Duitsers spreken bijvoorbeeld van de *Grundsatz der Mündlichkeit*: 'Die Parteien verhandeln über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich' (§ 128 lid 1 Zivil Process Ordnung (ZPO)), en de Italianen van *Il principio di oralità*: 'La trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale' (art. 180 Codice di Procedura civile).

29 *Synopsis Praxeos civilis, Maniere van procederen in dese provintien Hollandt, Zeelandt ende West-Vriesland, belanghende civile saken*, M.J.A.M. Ahsmann, *Collegia en colleges* (diss. Leiden), Groningen 1990, p. 21-23.

30 E.-J. Broers, 'Het pleidooi in historisch perspectief', *Ars Aequi* 2016, p. 234-236.

31 HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/181, m.nt. Asser.

5. De terechte afschaffing van de pleidooizitting

De pleidooien (zoals neergelegd in het huidige art. 134 Rv) zijn in het wetsvoorstel overbodig geacht. Comparitie en pleidooi zijn namelijk geïntegreerd.³² Het wetsvoorstel gaat dus een stap verder dan de oorspronkelijke ontwerp tekst in 2002 van art. 134 Rv. Het recht op pleidooi als afzonderlijke proceshandeling kan volgens de MvT vervallen, omdat 'de rechter partijen altijd in de gelegenheid moet stellen om hun standpunt mondeling toe te lichten'. En 'omdat de mondelinge behandeling voldoende ruimte biedt om standpunten mondeling toe te lichten'. Door deze wettelijke verankering voldoet een mondelinge behandeling aan art. 6 EVRM.³³

Op zichzelf is dit een logische stap. De pleidooizitting wordt al decennialang in eerste aanleg weinig gelast.³⁴ Het aantal pleidooien dat door rechtbanken wordt toegestaan, is nog slechts minimaal, doorgaans slechts voor de meervoudige kamer in complexe zaken. Navraag in team Handel van de Rechtbank Den Haag wees het volgende uit: werden in 2011 nog in 63 zaken pleidooien gehouden, in 2015 was dit 57 maal het geval: slechts in 8 vermogensrechtelijke zaken, in 7 onteigeningszaken en in 42 IE-zaken.³⁵ IE-zaken vormden in de afgelopen vijf jaar stevast verreweg de grootste groep zaken. Dit hangt samen met de bijzondere aard van dit rechtsgebied. Terwijl dat aantal geleidelijk toenam, liepen de vermogensrechtelijke pleidooien daarentegen de afgelopen jaren duidelijk terug: van twintig in 2011 naar acht in 2015.³⁶

De afname van het aantal vermogensrechtelijke pleidooien in Den Haag kan mede worden verklaard doordat in (zeer) complexe handelszaken (ca. 8 á 10%) doorgaans een meervoudige comparitie wordt gelast. Deze praktijk komt ook in andere gerechten steeds meer voor en zal naar verwachting in de toekomst een vlucht nemen. Een dergelijke zitting bergt elementen in zich van het pleidooi. Gelet op de complexiteit van de zaak in de aanloop naar de comparitiezitting – feitelijk en juridisch ingewikkeld met talloze producties – wordt daarom in het instructievonnis pleiten aan de hand van een pleitnota toegestaan. Nadat de rechtbank de door haar gewenste inlichtingen heeft gekregen, krijgen advocaten de gelegenheid te pleiten; afhankelijk van de complexiteit van de zaak elk vijftien tot twintig minuten in één termijn. De pleitnota wordt aan het proces-verbaal gehecht. Voor de

³² Reeds in 2002 pleitte W.D.H. Asser hiervoor in zijn noot onder HR 5 oktober 2001, *NJ* 2002/514. Zie voorts noot van K. Teuben onder HR 3 oktober 2003, *JBPr* 2004/10; Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/321.

³³ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 23-24; vgl. voorts p. 5, 70-71 en 96, alsmede *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 6, p. 5 en 49.

³⁴ In 1968 schrijft Hardenberg al dat het pleidooi 'statistisch bezien een bescheiden plaats inneemt'. (p. 1130): L. Hardenberg, 'De rol van pleidooi en pleitaantekeningen in het burgerlijk geding', *NJB* 1968, p. 1129-1140.

³⁵ Het totale aantal schommelde. In 2012: 67 maal pleidooi, in 2013 eveneens 67, in 2014: 60 maal.

³⁶ Volgens Klaassen 2010, p. 825, werd in de handelssector van de Rechtbank Arnhem in 2009 slechts in vijftien zaken gepleit.

zitting wordt veel tijd uitgetrokken, doorgaans vier tot zes uur, maar het komt ook voor dat de zitting zelfs een gehele dag kan duren. Deze praktijk laat zien dat de comparitie- en pleidooizitting verder naar elkaar zijn toegegroeid. Het klassieke statische pleidooi in een afzonderlijke zitting is in eerste aanleg dus gefossiliseerd, is terecht geschrapt en lijkt daarmee in zoverre tot de nationale rechtsgeschiedenis te behoren.

6. De onterechte afschaffing van de term ‘pleiten’

De minister realiseert zich dat in de huidige rechtspraktijk knelpunten bestaan over de rol van de advocaat ter zitting.³⁷ Hij schrijft hieromtrent:

‘Een deel van de rechters neemt thans aan dat tijdens een comparitie gelegenheid kan worden gegeven voor een pleidooi, terwijl een ander deel aanneemt dat de bestaande wetgeving daaraan in de weg staat. Met dit wetsvoorstel wordt verduidelijkt dat de rechter bewegingsruimte heeft (...).’

De gesuggereerde duidelijkheid wordt helaas niet geboden. Het wetsvoorstel blijft steken in oppervlakkigheden; gedegen wetgeving, zoals de Duitsers die bijvoorbeeld kennen, ontbreekt. De gedachten van de opsteller over de invulling van de mondelinge behandeling en de rol van de advocaat zijn in art. 30 k lid 1 tot en met 6 van het wetsvoorstel vormgegeven (zie volgende paragraaf). Die bepaling voegt echter zeer weinig toe aan de bestaande praktijk en zal mijns inziens wellicht zelfs voor verwarring kunnen gaan zorgen. Eerst is echter de totstandkomingsgeschiedenis van art. 30k instructief.

‘Tijdens de mondelinge behandeling kan de rechter bijvoorbeeld inlichtingen verzamelen (eerste lid onder a, het huidige artikel 88). Daarnaast kan de rechter partijen hun stellingen kort mondeling laten toelichten, wat in de plaats komt van het huidige pleidooi (eerste lid, onder b, het huidige artikel 134). Dit kort toelichten van de stellingen is niet bedoeld om partijen alsnog te laten pleiten. De korte toelichting moet daadwerkelijk kort zijn en dient geen herhaling te zijn van zaken die al in ingediende stukken zijn neergelegd (zie verder de toelichting bij artikel 134). Verder kan de mondelinge behandeling gebruikt worden om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen nader te onderbouwen (eerste lid, onder c). Dit lid ziet op bewijsrechtelijke onderbouwing. Een voorbeeld hiervan is het tweede lid van artikel 77n, waarin staat dat met toestemming van de rechter getuigen en deskundigen tijdens de mondelinge behandeling kunnen worden gehoord. Maar ook op andere wijze kan de mondelinge behandeling gebruikt worden om zo nodig met nader bewijs stellingen te onderbouwen.’³⁸

³⁷ Kamerstukken II 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 27.

³⁸ Concept wetsvoorstel art. 77n lid 1 (concept MvT, p. 41), te vinden op www.internetconsultatie.nl/kei.

Bijzonder is dat de minister in dit Voorontwerp ‘pleiten’ duidelijk wil onderscheiden van ‘het geven van een toelichting’ en pleiten slechts betreft op het pleiten ter gelegenheid van de klassieke (breedvoerige) pleidooizitting. De toelichting moet vooral ‘kort’ zijn en geen herhaling bevatten, hetgeen nota bene viermaal in drie zinnen wordt beklemtoond. Het woord ‘pleiten’ is echter van oudsher niets anders dan het geven van een toelichting die, inderdaad, bij gelegenheid van een pleidooizitting door een advocaat werd verstrekt. Maar de term heeft ook een technisch-juridische betekenis. In de tijd van Joannes van der Linden wordt onder pleiten al verstaan: ‘de gronden en redenen van het geen, het zij eischende, het zij verwerende, ten processe beweerd wordt, bij monde of geschrifte, aan den regter voortedragen, en de daar op gemaakte tegenwerpingen van de partij oplossen’.³⁹ Het verdient wat mij betreft de voorkeur de betekenisvolle term ‘pleiten’ in ere te houden en niet het kleurloze ‘toelichten’ te gaan hanteren. Niet de zitting waarop het woord gevoerd wordt, is bepalend voor het woordgebruik maar de handeling zelf. Zoals ook de Belgen zeggen, dat als ‘iets mondeling wordt voorgebracht ter zitting door een partij of haar raadsman, geldt dat mondelinge betoog als pleidooi’.⁴⁰

7. De rol van de advocaat op de zitting en het pleiten (art. 30k)

Welke rol rechter en advocaat van elkaar op zitting mogen verwachten, is in art. 30k uiteengezet. De tekst van het oorspronkelijke wetsartikel is na diverse kritische adviezen ingrijpend gewijzigd. Het wetsvoorstel luidt thans als volgt:

- ‘1. Tijdens de mondelinge behandeling stelt de rechter partijen in de gelegenheid hun stellingen toe te lichten en kan de rechter:
 - a. partijen verzoeken hem inlichtingen te geven,
 - b. partijen gelegenheid geven hun stellingen nader te onderbouwen,
 - c. een schikking beproeven,
 - d. met partijen overleggen hoe het vervolg van de procedure zal verlopen, en
 - e. die aanwijzingen geven of die proceshandelingen bevelen die hij geraden acht, voor zover de rechter dit in overeenstemming acht met de eisen van een goede procesorde.
2. Met voorafgaande toestemming van de rechter kunnen tijdens de mondelinge behandeling getuigen en partijdeskundigen worden gehoord. De negende afdeling van de tweede titel is van overeenkomstige toepassing, onverminderd artikel 284, eerste lid.
3. (...)
4. (...)

³⁹ *De ware pleiter* (Fotomechanische herdruk van ed. 1827), 's-Gravenhage 1989, p. 12.

⁴⁰ K. Wagner, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn 2014, p. 465.

5. *Onverminderd artikel 85, dienen processtukken en andere stukken zoveel mogelijk onmiddellijk bij de indiening van de procesinleiding onderscheidenlijk het verweerschrift en tot uiterlijk tien dagen voor de mondelinge behandeling te worden ingediend, tenzij de wet een andere termijn voorschrijft. Stukken die na die termijn of ter zitting worden ingediend, worden door de rechter buiten beschouwing gelaten, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet.*
6. *Indien met het oog op de mondelinge behandeling een bevel als bedoeld in artikel 22 wordt gegeven, moeten de stukken uiterlijk op een door de rechter te bepalen dag vóór de datum van de mondelinge behandeling zijn ingediend en aan de wederpartij ter beschikking zijn gesteld.'*

De mondelinge behandeling waarvan in dit artikel sprake is, is in feite een nietszeggende term. Het somt de diverse wijzen op waarop de rechter, evenals thans, de zitting kan inrichten. Het recht voor partijen om haar stellingen toe te lichten, is in lid 1 vooropgesteld.⁴¹ Aan de praktijk wordt daarmee (terecht) duidelijk gemaakt dat de rechter partijen en, meer in het bijzonder, hun advocaten het woord *moet* laten voeren, en dus moet laten pleiten, anders dan de hierboven geciteerde Handleiding op dit punt suggereert. De mogelijkheid tot het geven van een toelichting en 'zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht', wordt in de MvT begrijpelijk geplaatst in het kader van hoor en wederhoor (art. 19 Rv). Maar voor de advocaat blijft tamelijk vaag wat het betekent dat 'de mondelinge behandeling voldoende ruimte biedt om standpunten mondeling toe te lichten' (en dat om deze reden het pleidooi als afzonderlijke proceshandeling kan vervallen), evenals wanneer extra procedurestappen kunnen worden toegevoegd 'waar de aard of de complexiteit van de procedure dat verlangen'.⁴² Maar ook voor de rechter is onduidelijk of het imperatief – 'stelt' – zodanig moet worden begrepen dat er dus geen situaties kunnen zijn waarin de rechter een advocaat kan beletten het woord te voeren. Betekent dit een onbegrensd recht van de advocaat om het woord te voeren? Men zou zelfs kunnen betogen dat nog steeds een klassieke pleidooizitting gehouden kan worden, namelijk wanneer de rechter (slechts) een mondelinge behandeling gelast op grond van lid 1 eerste zinsnede. Anders gezegd: het pleidooi is naar de letter afgeschaft, maar is nog steeds mogelijk. Voor de goede verstaander: ik zou van dit beperkte gebruik van de zitting geen voorstander zijn. Uiteindelijk zullen, zoals altijd, de eisen van de goede procesorde én van een eerlijk proces (equality of arms) bepalend moeten zijn voor de mate waarin de rechter de advocaat ter zitting het woord laat voeren: pleiten dus.

⁴¹ *Kamerstukken II 2014-2015, 34 059, nr. 6, p. 5 en 49.* De adviezen zijn gevoegd als bijlage bij de MvT *Kamerstukken II 2014-2015, 34 059, nr. 3.*

⁴² *Kamerstukken II 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 24.*

Voor het overige is aan de rechter in lid 1 een discretionaire bevoegdheid gegeven. De rechter *kan* partijen verzoeken inlichtingen te geven (sub a), hetgeen een doublure lijkt met het bepaalde in art. 301 lid 1, dat de letterlijke tekst bevat van het huidige art. 88 lid 2 Rv (de aloude inlichtingencomparitie): ‘de rechter ondervraagt partijen’. Dat wil immers zeggen dat het de rechter is toegestaan om over alle relevante aspecten van het geschil vragen te stellen en daarmee inlichtingen te verkrijgen.

Evenmin is duidelijk wat het betekent dat de rechter partijen de gelegenheid geeft hun stellingen nader te onderbouwen (sub b). Met ‘onderbouwen’ wordt blijkens de MvT bedoeld de ‘bewijsrechtelijke onderbouwing’ met getuigen en partijdeskundigen.⁴³ Deze uitleg is om twee redenen onbegrijpelijk. Het lijkt (wederom) op een doublure, en wel van art. 306 lid 2 van het wetsvoorstel, dat immers bepaalt dat met voorafgaande rechterlijke toestemming tijdens de mondelinge behandeling getuigen en partijdeskundigen kunnen worden gehoord. Hun verklaringen zullen vervolgens uiteraard worden benut om te beoordelen of een stelling is bewezen en niet om deze te onderbouwen. De gehanteerde terminologie is dus ook onzuiver: ‘onderbouwen van een standpunt’ betekent het in de stel-verweerfase met (schriftelijke) argumenten nader toelichten van een stelling. De minister heeft de betekenis overigens ingeperkt vergeleken met de uitleg die in het Voorontwerp aan ‘onderbouwen’ is gegeven, namelijk het ‘met bewijsmateriaal ondersteunen’. Maar ook die uitleg is overbodig. Lid 5 heeft immers al betrekking op het onderbouwen met schriftelijke stukken en is bovendien veel duidelijker (het huidige art. 85 lid 3 Rv). Het bepaalt namelijk dat de rechter stukken die te laat worden ingediend buiten beschouwing dient te laten, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet. Daarbij gaat de MvT ervan uit dat wanneer bij de beoordeling van het dossier door de rechter zou blijken dat partijen te weinig stukken hebben overgelegd ter onderbouwing van hun standpunten, hij van hen kan verlangen dat zij alsnog die stukken tijdig indienen (lid 6; het huidige art. 22 Rv).⁴⁴ Het is op zichzelf begrijpelijk dat de minister de tekst van het Voorontwerp heeft gewijzigd. Het toestaan op de zitting, en dus in een zeer laat stadium, van nieuwe gezichtspunten werkt immers rechtsonzekerheid in de hand. De uitvoerige jurisprudentie van de Hoge Raad hoe de rechter moet omgaan met nieuwe feiten bij de pleidooien maakt dit duidelijk (hiervoor par. 2). De rechter moet ervoor waken dat de fundamentele beginselen van gelijke wapenen en van hoor en wederhoor niet in het gedrang komen. Dat is ook de reden waarom getuigen vooraf moeten worden aangemeld. ‘Onderbouwen’ (van lid 1 onder b) lijkt dan ook niet veel meer te behelzen dan ‘toelichten’ door de advocaat en het toestaan dat de tevoren (conform lid 5) tijdig ingediende stukken op de zitting worden besproken.

⁴³ *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 059, nr. 3, p. 71.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 059, nr. 3, p. 26-27.

8. Het nieuwe Procesreglement

Al met al geldt dat (te) haastige spoed ook hier niet goed is.⁴⁵ De wetgever heeft, net als bij alle voorgaande wetswijzigingen, wederom een mogelijkheid laten liggen om invulling aan de rol van rechter en advocaat op de zitting te geven en te zorgen voor meer voorspelbare rechtspraak. Daarnaar gevraagd, antwoordt de minister: ‘Met behulp van (...) procesreglementen worden de wettelijke regels nader ingevuld. Hiermee hangt de ontwikkeling van de professionele standaarden samen. (...) Voor het overige zal de jurisprudentie een richtsnoer geven.’⁴⁶ In de literatuur wordt de noodzaak van een helder procesreglement aangenomen.⁴⁷ De minister is helaas te optimistisch, nog afgezien van het feit dat het de taak van de wetgever is om de rechtspraktijk toe te rusten met de benodigde handvatten.

De jurisprudentie van de Hoge Raad zal de rechter in eerste aanleg weinig houvast kunnen bieden, anders dan diens uitvoerige jurisprudentie over de pleidooien in hoger beroep. Voorts verschaffen noch de in ontwikkeling zijnde professionele standaarden, noch het nieuwe Procesreglement, noch alle beleidsstukken die ik over de regierol van de rechter heb gelezen⁴⁸ de broodnodige helderheid. Of een advocaat bijvoorbeeld met behulp van een pleitnota mag pleiten, blijft dus nog steeds in het ongewisse. Art. 4.1.5 Procesreglement, dat gaat over de agenda voor de mondelinge behandeling in eerste aanleg, bepaalt:

‘Voorafgaand aan de mondelinge behandeling wordt, voor zover mogelijk, het doel van de mondelinge behandeling aan partijen medegedeeld en kunnen nadere aanwijzingen of bevelen worden gegeven over:

- de spreektijd die aan partijen en belanghebbenden wordt toegekend om hun standpunten toe te lichten en of daarbij spreek aantekeningen mogen worden overgelegd;*
- de vraagpunten of onderwerpen die de rechter tijdens de mondelinge behandeling wil bespreken;*
- (...).’*

Het reglement behelst nauwelijks enige verduidelijking of protocollering van de zitting. Wederom wordt het aan de procespraktijk overgelaten welke rol de advocaat kan vervullen. Gelet op de gekozen formulering – *kunnen* – blijft immers sprake van een discretionaire bevoegdheid van de rechter of hij in een zittingsagenda helderheid zal verschaffen over spreektijd, over het moment waarop een advocaat

⁴⁵ C.L.G.H.F. Albers & R.J.N. Schlössels schrijven ‘De voorliggende plannen (...) ademen een sfeer van haastwerk en oppervlakkigheid’: ‘Digitalisering van (bestuurs)procesrecht...Voor een dubbeltje op de eerste rang met torenhoge ambities?’, *Themis* 2016, p. 85-96.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 6, p. 29; zie voorts *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 28.

⁴⁷ Van Mierlo 2015, par. 6.2; Ekkelmans 2015, nr. 76, p. 107.

⁴⁸ Het rapport *Tomorrow's Judges* (19 mei 2015) is zeer oppervlakkig en blijft steken in algemene heden.

daartoe gelegenheid krijgt en het gebruik daarbij van ‘spreekaantekeningen’ (wat dat laatste ook moge zijn). Opmerkelijk is dat de ingeburgerde term ‘pleitnota’ of ‘pleitaantekeningen’ niet is gehanteerd, maar is gekozen voor het vage begrip ‘spreekaantekeningen’. Wellicht in navolging van de Rechtbank Amsterdam? Op haar website staat dat bij de comparitie pleiten niet is toegestaan. ‘Wel kan gebruik worden gemaakt van spreekaantekeningen van maximaal twee tot drie pagina’s (gewoon lettertype, gewone regelafstand). Deze spreekaantekeningen zullen aan het proces-verbaal worden gehecht, mits zij ook tijdens de comparitie aan de orde zijn geweest. Het is de rechter die daarover beslist.’

Waarom heeft het nieuw ontworpen Procesreglement geen helderheid verschaft over het concrete verloop van de mondelinge behandeling en daarbij gedifferentieerd naar basis- en maatwerkzaken? Aard en complexiteit van de zaak kunnen de rechter ertoe brengen af te wijken van het basisstramien en processueel maatwerk te leveren (art. 300 wetsvoorstel). Uit de MvT blijkt dat de minister ervan uitgaat dat de maatwerkprocedure past voor 5 tot 10% van de niet-incassozaken, maar nadere toelichting ontbreekt.⁴⁹ Het lijkt erop dat hij hierbij – en wat mij betreft terecht – aansluiting heeft gezocht bij het huidige percentage MK-zaken. Ik hoor echter ook geluiden waaruit men zou kunnen opmaken dat alleen bij zéér hoge uitzondering sprake is van een maatwerkzaak en dat de voorgestelde regeling in beginsel is bedoeld voor alle zaken. Dat zou dus verder gaan dan het basismodel uit 2002 dat nadrukkelijk was afgestemd op bulkzaken.⁵⁰ Duidelijkheid in het Procesreglement wanneer sprake is van een maatwerkzaak zou de praktijk voorspelbaarder maken, want nog steeds weet een advocaat niet wat hij in welke zaak kan en mag verwachten van de rechter.

9. Afschaffing van de pleitnota

In de literatuur wordt het standpunt ingenomen dat voortaan pleitaantekeningen (die aangehecht worden) zouden moeten worden toegestaan, met in feite niet meer argumentatie dan dat het pleidooi thans is verankerd in de nieuwe mondelinge behandeling. Hofhuis schrijft dat partijen toelichting mogen geven ‘op de door hen gewenste wijze’, waartoe de mogelijkheid behoort dat ‘advocaten het woord voeren mede aan de hand van pleitaantekeningen’. Ook Klaassen betoogt dat advocaten ‘op hun eigen wijze’ toelichting mogen geven.⁵¹ Ekelmans is genuanceerder en acht spreek- of pleitaantekeningen ‘voor zaken waarin naar verwachting vlot een deugdelijk proces-verbaal kan worden opgemaakt’ minder voor de hand te liggen.⁵²

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 7 en 75.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1999-2000, nr. 5, p. 7.

⁵¹ Hofhuis 2015, p. 12-13. In dezelfde zin Teuben & Jansen 2015, p. 7 en 11; Klaassen, *Ars Aequi* 2016, p. 189.

⁵² Ekelmans 2015, nr. 76, p. 107.

Ik zou allereerst de verhullende termen ‘spreek- of pleitaantekeningen’ willen vermijden omdat ze, naar ik verwacht, wederom een bron van irritatie en frustratie zullen worden. Want wat is het verschil met een pleitnota? Is daartoe het aantal bladzijden bepalend, zoals de Rechtbank Amsterdam suggereert? ‘Aantekeningen’ duiden veeleer op een ‘schets’, een ‘klad’, een geheugensteuntje dat de advocaat voor zichzelf heeft gemaakt, zoals ieder dat vaak doet die in het openbaar moet spreken. Het blijft in de kern echter een stuk dat is bedoeld om de rechter te overtuigen, hetzelfde dus wat de pleitnota oorspronkelijk was. In België wordt wél onderscheid gemaakt tussen een pleitnota en pleitaantekeningen.⁵³ Een pleitnota wordt beschouwd als een variant van een conclusie en kan dientengevolge slechts met instemming van de wederpartij worden neergelegd. Dat geldt niet voor zogenoemde pleitaantekeningen die de advocaat voor zichzelf heeft opgesteld. Deze verschieten echter van kleur zodra ze worden overhandigd aan de rechter; dan gelden zij als pleitnota, als conclusie dus met de daarbij behorende beperkingen.

Ik zou over het al dan niet toestaan van een pleitnota een meer principiële discussie willen aangaan en daarbij ook de beginselen van de civiele procedure en de inrichting en doeleinden van de mondelinge behandeling voor ogen willen houden. Er zijn dan diverse argumenten die mij tot de conclusie leiden dat de pleitnota in beginsel dient te worden afgeschaft en slechts zou moeten worden toegestaan in complexe zaken waarin een meervoudige comparitie wordt gelast (waartoe ik de zogeheten maatwerkzaken reken). Het is allereerst goed te beseffen dat het gebruik van een schriftelijk stuk, een pleitnota dus, internationaal gezien veelal onbekend is en ‘een vreemde eend in de bijt’.⁵⁴ Vergelijking met het Duitse recht ligt wederom voor de hand. Het kent immers ook het oraliteitsbeginsel en evenmin een afzonderlijk pleidooi. In § 137 ZPO wordt het verloop van de mondelinge behandeling beschreven:

- (1) *Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, dass die Parteien ihre Anträge stellen.*
- (2) *Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.*
- (3) *Eine Bezugnahme auf Dokumente ist zulässig, soweit keine der Parteien widerspricht und das Gericht sie für angemessen hält. Die Vorlesung von Dokumenten findet nur insoweit statt, als es auf ihren wörtlichen Inhalt ankommt.*
- (4) *In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalt auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.’*

Lid 2 is duidelijk over de rol van partijen en hun advocaten. Advocaten mogen pleiten en wel over de feiten en het recht. Het gebruik van een pleitnota is evenwel uitdrukkelijk niet toegestaan; daarop wordt namelijk gedoeld met ‘in freier Rede’.

⁵³ Wagner 2014, p. 465-472.

⁵⁴ Van Boeschoten 1983, p. 49-50. Zij schrijft dat men in Frankrijk de Nederlandse praktijk om een pleitnota over te leggen als een bijzonderheid ziet.

Voor zover advocaten schriftelijke stukken mogen voorlezen, zijn dat de gewisselde processtukken waarnaar herkenbaar voor de wederpartij dient te worden verwezen (lid 3). Discussie omtrent het mogen indienen van een pleitnota bestaat dan ook niet in Duitsland. Andere ons omringende landen (zoals Frankrijk en Italië) kennen doorgaans evenmin het fenomeen.

Voorts verdraagt het hiervoor besproken oraliteitsbeginsel zich wat mij betreft niet met het indienen van een pleitnota. De gehele twintigste eeuw heeft in het teken gestaan om de civiele procedure te versnellen. Steeds opnieuw werd daarbij benadrukt dat versnelling zou kunnen worden gerealiseerd door de rechter een dominantere rol te geven en de zoektocht naar de materiële waarheid, die vooral gelegen is in het feitenrelaas, te stellen boven die naar de formele waarheid. De papieren strijd, gevoerd door advocaten die het proces vooral juridiseren, zou daarbij belemmerend werken.⁵⁵ Goed schriftelijk communiceren is weinigen gegeven en leidt nogal eens tot miscommunicatie, die vervolgens op de zitting kan worden rechtgezet. In het verleden behelsde een pleitnota veelal een in logisch verband geordende argumentatie van hetgeen in alle eerdere conclusies naar voren was gebracht; het betrof dan ook vaak een overbodige herhaling. De pleitnota, die dateerde uit het hoogtepunt van de schriftelijke procedure, was daarbij voor de rechter nuttig omdat pleidooien vaak zo lang duurden dat het bijhouden van aantekeningen door de griffier nauwelijks doenlijk was. Nog afgezien van het feit dat volledige notulering van de zitting thans ook kan geschieden door een geluidsopname van de zitting te maken, is de schriftelijkheid van de procedure inmiddels ver teruggedrongen. Er is nog slechts één enkele schriftelijke ronde, waarbij de processtukken ingevolge art. 21 Rv volledig dienen te zijn ingericht (met inbegrip van de bewijsstukken).⁵⁶ Een schriftelijke analyse van de stukken waaruit ten behoeve van de rechter de kern gelicht wordt, is om die reden dan ook niet nodig. De schriftelijkheid moet dan ook niet via een achterdeur weer worden geïntroduceerd.

Door een pleitnota toe te staan, wordt bovendien ook ongelijkheid tussen eiser en verweerder gecreëerd en kan het fundamentele beginsel van 'gelijke wapenen' (hoor en wederhoor) worden geschonden. Het eerlijke proces is dan in het geding. Het wetsvoorstel gaat, zoals gezegd, ervan uit dat de conclusies grondig en volledig zijn ingericht. Dat is voor eiser goed mogelijk, omdat hij 'alle tijd heeft om zijn zaak voor te bereiden voordat hij de procesinleiding inzendt'.⁵⁷ Verweerder daarentegen is gehouden binnen zes weken verweer te voeren en kan geen invloed op de verlenging van de termijn uitoefenen. Hem worden aldus 'processuele

⁵⁵ R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces*, Den Haag 2010, p. 519-548.

⁵⁶ Zie HR 27 juni 1997, NJ 1998/328; HR 9 maart 2012, NJ 2012/174.

⁵⁷ Aldus Hofhuis 2015, p. 16.

duimschroeven' aangedraaid, anders dan eiser.⁵⁸ Eiser kan in zijn pleitnota schriftelijk reageren op hetgeen verweerder bij antwoord naar voren heeft gebracht, kan zich zelfs ertoe laten verleiden slechts beperkt aan zijn substantiëringsplicht van art. 111 lid 3 Rv (= 30a lid 3 onder f) te voldoen of argumenten te bewaren waarmee de wederpartij verrast kan worden, maar dat geldt wederom niet voor verweerder. De vraag is of verweerder voldoende adequaat op eiser kan reageren. Hij weet niet wat eiser op de zitting zal gaan betogen en kan in een pleitnota dus slechts zichzelf herhalen. Dit geeft hem (wederom) een aanzienlijk processueel nadeel en zorgt voor ongelijkheid tussen partijen. Eventueel zou dat anders kunnen zijn in het geval dat eiser voorafgaand aan de zitting nog stukken heeft toegestuurd. Maar dat zijn zeker niet altijd stukken waar een gloedvol betoog over is te houden en dat schriftelijke uitwerking behoeft. Het zou er misschien zelfs toe kunnen leiden dat partijen niet van meet af aan de door art. 21 Rv bedoelde openheid geven, maar stukken achterhouden omdat ze weten dat ze op een laat moment een extra schriftelijke ronde via de pleitnota krijgen.

Een voorgekookte pleitnota past ook niet bij het karakter van de mondelinge behandeling. Bij een pleidooizitting staat voorop dat een advocaat min of meer ongehinderd een eenzijdig betoog kan houden en de structuur van zitting en onderwerpen bepaalt; alleen de tijdsduur dient hij in acht te nemen. Bij de mondelinge behandeling staat juist de regie van de rechter voorop. Op de zitting is sprake van een intensieve en door de rechter gestuurde gedachtewisseling. De vragen die de rechter stelt, maken de advocaten duidelijk wat hij wel en niet belangrijk vindt en wat nog opheldering behoeft. Daarop moeten zij uiteraard kunnen responderen, waarbij zij de ruimte moeten krijgen om de diepte in te gaan en substantiële argumenten aan te voeren. Dat geschiedt zinvol na afloop van de gedachtewisseling. Die punten worden echter niet teruggevonden in de pleitnota en evenmin kan een advocaat daarin op onverwachte tegenwerpingen van de wederpartij vooruitlopen. Voorafgaand aan de zitting een pleitnota opstellen, leidt voorts ook tot discussie over de toelaatbaarheid van wat als nieuw kan worden beschouwd. Het genuanceerde stelsel dat de Hoge Raad heeft ontwikkeld (zie hierboven par. 2) kan daarbij maar beperkt behulpzaam zijn, terwijl controle op de rechter in eerste aanleg niet door hem geschiedt. In het andere geval leidt het tot verspilde tijd omdat de verleiding om daarin te herhalen wat al in de processtukken staat, groot is.

In de nieuwe procedure gaat het vooral om interactie, waarbij het aankomt op de *flue de bouche*, de spreekvaardigheid, van de advocaat. Dat is ook in lijn met hetgeen de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht heeft opgemerkt over de mondelinge behandeling. De passage is met instemming geciteerd door de minister: 'Een interactieve en dynamische mondelinge behandeling verdient verreweg de voor-

⁵⁸ Er zijn aangescherpte termijnen waarbij men verregaand van de rechter afhankelijk is wat betreft verlenen van uitstel. Men kan zich afvragen of dit geen strijd oplevert met art. 7.2 en 14.2 *Principles of Transnational Civil Procedure*. M. Ahsmann, KEI: steengoed of drijfzand?, *TvPP*, 2015, afl. 3, p. 65-66.

keur boven een statisch pleidooi.⁵⁹ Pleiten wordt statisch wanneer advocaten hun tekst van papier voorlezen en bovendien neemt het kostbare tijd in beslag. Het oplezen van één A'4tje kost al gauw ca. 4 minuten en twee tot drie bladzijden, zoals de Rechtbank Amsterdam toestaat, kost dus (voor beide partijen) in totaal 15 tot 25 minuten. Voor zichzelf een schets opstellen van hetgeen een advocaat ter sprake wil brengen, kan voor hem als leidraad nuttig zijn. Maar zijn rol op de zitting zal vooral moeten zijn het verhaal te verduidelijken en de ter zitting gemaakte tegenwerpingen met overtuiging te weerleggen. Het vergt van hem improvisatievermogen en de ware kunst van het pleiten.

Maar er is nog een argument. Een belangrijke doelstelling van de mondelinge behandeling is ook het bereiken van een minnelijke regeling (lid 1 onder c). De zitting dient er ook toe om de polariserende werking van het geschil te dempen en moet daarom steeds meer worden beschouwd in het kader van conflictbeëindiging. Advocaten dragen samen met de rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een behoorlijk verloop van de procedure en het bereiken van schikkingen, ook al zijn deze thema's in het wetsvoorstel, ondanks dat zij benadrukt in het eindrapport Fundamentele Herbezinning, wederom niet uitgewerkt.⁶⁰ Reeds in 1999 drongen acht gezaghebbende juristen aan op een fundamentele heroverdenking van met name deze twee uitgangspunten van het civiele procesrecht en laakten de praktische insteek van het wetsvoorstel.⁶¹

Gedragsregel 13 van de Gedragsregels 1992 van de Nederlandse Orde van Advocaten houdt in dat een regeling in der minne in het algemeen de voorkeur verdient boven een proces. De strekking van de regeling, die overigens al uit 1939 dateert, kan tegenwoordig ook beschouwd worden als in het belang te zijn van de rechtspleging.⁶² De rechter is niet meer alleen een beslisser van geschillen met behulp van het recht, maar inmiddels is hij ook conflictbeëindiger. Die taakopvatting biedt de rechter de mogelijkheid om op de zitting vragen te stellen, (eventuele) onderliggende problemen en belangen te bespreken, waardoor partijen onder zijn leiding alsnog tot een schikking kunnen komen.⁶³ Die rol moet niet worden doorkruist door advocaten eerst nog te laten pleiten aan de hand van een tevoren opgestelde pleitnota. Het toestaan ervan werkt dan contraproductief.

Zinvoller dan het toestaan van een pleitnota zou het wat mij betreft zijn wanneer de rechter zijn voorlopige inzichten met partijen deelt. Het is in het kader van dit

59 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 11.

60 W.D.H. Asser e.a., *Uitgebalanceerd, Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag Boom, 2006.

61 J.B.M. Vranken e.a., Oproep voor een beter civiel procesrecht, *NJB* 1999, p. 1963-1964.

62 Verkijk 2010, p. 379.

63 De Rechtbank Amsterdam experimenteert met een nieuwe zittingsvorm, te weten 'GOO' (Gericht op Oplossing). Partijen kunnen daarvoor in aanmerking komen wanneer er onderhandelingsbereidheid en -ruimte is; zie de *Handleiding voor GOO-behandeling* op www.rechtspraak.nl.

artikel niet de plaats om hier uitvoerig op in te gaan, reden dat ik het punt slechts kort zal aanstippen. De rechter gaat op de zitting in gesprek met partijen om meer over de feiten en de juridische aspecten van het geschil te weten te komen, teneinde vervolgens eventueel vonnis te kunnen wijzen. Daartoe heeft hij in zijn voorbereiding een schifting aangebracht van wat hij wel en niet belangrijk vindt te bespreken. Openheid verstrekken over zijn opvattingen concretiseert het gehoord gevoeld worden van partijen. Advocaten zouden vervolgens in de gelegenheid moeten worden gesteld desgewenst te reageren op diens voorlopig oordeel. Het gevaar kan uiteraard zijn dat de rechter uit zijn rol stapt en speler in het debat wordt. Het moet dan ook niet ontaarden in discussie tussen de rechter en een onverzoenlijke advocaat. Maar dat te voorkomen behoort juist tot zijn professie. In Duitsland behoort het ‘Rechtsgespräch’ tot de rol van de rechter.⁶⁴ Het voorkomt verrassingsbeslissingen en overwegingen als onvoldoende gesteld/onvoldoende onderbouwd. Het voordeel is dat dan echte interactie met de rechter kan ontstaan, transparantie en voorspelbaarheid worden bevorderd en dat het orale argument goed tot zijn recht kan komen.

Conclusie

Comparitie- en pleidooizitting zijn rechtsgeschiedenis aan het worden en de mondelinge behandeling is daarvoor in de plaats gekomen. Zij bepaalt voortaan het beeld dat de rechtzoekende heeft van justitie en de mate van bevrediging over de wijze waarop de procedure is verlopen. Het grote accent op oraliteit acht ik een fundamenteel goede ontwikkeling. Het schriftelijk proces is een scheidsmuur tussen rechter en partijen en dient niet het processuele beginsel van waarheidsvinding. De nieuwe procedure moet eerlijk, efficiënt en snel verlopen, waaraan partijen verplicht zijn mee te werken.

Het wetgevingsproces heeft als motto meekregen KEI: Kwaliteit en Innovatie. Kwaliteit van de procedure heeft te maken met verwachtingen. Bij het behalen van de doelen van de civiele procedure laat het wetsontwerp de gebruikers op diverse punten in de steek. Het verschaft nauwelijks een visie op de context waarin de mondelinge behandeling dient plaats te vinden en de rechterlijke bevoegdheid om de procedure te managen. Zonder helder zicht op hetgeen de regierol van de rechter inhoudt, is de kwaliteit van diens rol en daarmee van de procedure niet te bepalen. Per individueel geval wordt het aan de individuele rechter overgelaten hoe te handelen. Vanwege de dominante rol van de rechter in combinatie met de druk op snelheid in de procedure zijn waarborgen nodig om te voorkomen dat de persoon van de rechter een (te) overheersende rol kan gaan spelen.

64 § 139 lid 2 ZPO luidt: ‘Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.’

In het wetsvoorstel ontbreekt ook een heldere terminologie. Deze is nu juist nodig om meer eenheid te brengen in de plaats van de besproken te grote diversiteit bij de rechtbanken bij het al dan niet mogen pleiten aan de hand van een pleitnota. Door te verwijzen naar professionele standaarden en procesreglementen schuift de minister het probleem voor zich uit. Beide zijn wel instrumenten ten behoeve van de kwaliteit, maar de minister had ijkpunten in de vorm van beginselen moeten formuleren waarop teruggevallen zou kunnen worden. Daardoor zou een meer uniforme aanpak bereikt kunnen worden, resulterende in een eerlijker proces. De praktijk staat nu met tamelijk lege handen. De irritatie over de rol van de rechter en de onvoorspelbaarheid van het proces zullen mijns inziens toenemen. Terecht expliciteert de wetgever dat een advocaat het partijstandpunt mag toelichten en dus mag pleiten. Maar duidelijker had kunnen worden gemaakt dat – afgezien van complexe zaken – het niet de bedoeling kan zijn de mondelinge behandeling te belasten met de aloude pleitnota: dat oraliteit als beginsel van procesrecht daaraan namelijk in de weg staat.

Law and Music

*Daan Asser*¹

I. Muziek en recht?

Dit wordt een persoonlijke en niet-juridische noot bij het afscheid als hoogleraar van mijn vriend en collega Henk Snijders. Over onze gezamenlijke juridische paden gaat dit stukje niet. Wat dat betreft laat ik het bij de vreugdevolle herinneringen aan ons al weer lang geleden afgesloten project van het Vademecum Burgerlijk Procesrecht waarbij recht en gastronomie zo voortreffelijk samengingen. Law and Gastronomy zou ik ook als thema hebben kunnen kiezen want Henk is een fijnproever in alle opzichten.

Een ander terrein waarop wij elkaar regelmatig hebben ontmoet is de muziek – ik denk met name aan de jaren dat wij met Piet Wackie Eysten trio speelden – en dat leek me een passender bijdrage aan deze afscheidsbundel. Maar dan wel met een juridische component. Daarom is het thema: ‘Law and Music’. Een wat (erg) pretentieuze titel omdat hij doet denken aan de wetenschappelijke aandachtsgebieden (ja zelfs ‘movements’) als Law and Literature. Het recht als fenomeen in de literatuur. Over Law and Music is trouwens al veel geschreven maar dan in het bijzonder over muziekauteursrecht. Dat ga ik hierna beslist niet doen, hoe boeiend dat onderwerp ook is in een tijd waarin muziek zo’n enorm grote rol speelt in het leven van zeer velen die liefst voor niets de hele dag willen kunnen genieten van muziek die door anderen is gemaakt en uitgevoerd.

Maar wat zou er dan nog meer of anders te zeggen zijn over Law and Music? Recht ordent de maatschappij en bewaart de vrede tussen de burgers en staten. Dat is althans wat het wil doen. Maar muziek? Is zij meer dan verstrooiing, inspiratiebron, een middel voor het gemoed van de individuele mens? Niet alleen, want muziek speelt ook maatschappelijk een grote rol en ordent daarmee eveneens omdat mensen elkaar erin vinden. Een popconcert voor 50.000 bezoekers, de Grote Zaal van een concertgebouw, de Kleine Zaal voor een schare fijnproevers, het muziektheater waarin opera en ballet de aanwezigen in vervoering brengen, maar ook het amateur strijkkwartet of pianotrio dat om de zoveel weken samenkomt om te spelen. Of de eenzame pianist thuis die evenwicht vindt door mooie en misschien ook (te) moeilijke stukken te spelen. Muziek is een belangrijke bindende factor, zowel voor de luisteraar als de beoefenaar. Er is als amateur – Henk en ikzelf – geen mooiere ervaring dan een beroemd stuk te spelen, te constateren dat je er redelijk doorheen komt (ook al is het voor anderen niet om aan te horen), ‘contact’ te krijgen met het stuk en je opgenomen te voelen in de grote kring van

¹ Prof. mr. W.D.H. Asser is hoogleraar Burgerlijke procesrecht aan de Universiteit Leiden en voormalig raadsheer in de Hoge Raad.

degenen die zo van het stuk houden. Met rechtsregels heeft dit alles niet zoveel te maken. En wie recht alleen ziet als een stel regels kan hier dus ophouden met lezen. Maar als iemand die het grootste deel van zijn leven intensief met recht bezig is en nog langer met muziek is de interactie tussen beide meer dan alleen het contrast dat rust brengt. Beide raken je diep en de vraag rijst dan waarom dat zo is. Waar komen die twee dan bij elkaar? Dat is waarom ik dit stukje voor Henk schrijf in de hoop dat hij het herkent.

2. Law and Music: oorsprong en doel

Bij onze verkenning van de raakpunten van recht en muziek ligt het voor de hand om in de eerste plaats te denken aan de wetten en regels die in de muziek gelden en de wijze waarop die gehandhaafd zijn en worden. In elke beschaving is het maken van muziek onderworpen aan regels over de vorming van klanken, samenklanken en ritme, het geheel dat wij muziek noemen, alsmede over degenen die muziek (mogen) maken en tot welk doel. Ook de westerse – onze – muziek heeft een lange geschiedenis die daarvan getuigt. Zo berust zij op principes die al in de zesde eeuw voor onze jaartelling door de grote wiskundige filosoof Pythagoras zijn vastgesteld met betrekking tot de muziektonen en hun onderlinge verhouding (onderlinge toonhoogten en samenklank), geformuleerd in getallen die te herleiden zijn tot de afstanden op een losse snaar van, zeg, een viool. Het maakt ook de huidige muziektheorie met al zijn bijna wiskundige principes taaie kost. Pythagoras vond muziek buitengewoon belangrijk als ordenend principe. Zo baseerde hij zijn kosmologie op de harmonie der sferen, kort door de bocht: het heelal maakt muziek. Misschien niet zo'n gekke gedachte in deze tijd waarin wij in staat zijn die 'muziek' te ontvangen, weliswaar voor ons nu nog als geruis maar dat is waarschijnlijk alleen maar een kwestie van de beperkingen van ons menselijk oor en brein. De muziek van de zojuist gedetecteerde zwaartekrachtgolven is de laatste ontdekking op dit terrein. Bij deze stand van zaken is onze menselijke muziek een onderdeel van de kosmische ordening. Wat heeft dat nu met recht te maken? Alles, omdat recht hetzelfde is: een vorm van ordening van de onderlinge verhoudingen. Muziek is behalve aan haar eigen natuurwetten ook onderworpen aan de door de mensen ontwikkelde regels en conventies. In onze tijd van na het iconoclasme van de twintigste eeuw, waarin alle regels en wetten ter discussie werden gesteld, zijn wij niet meer gewend aan de onderwerping van muziek aan vaste regels en conventies. Dat was vroeger anders. Wee de componist-musicus die zich niet aan de regels en conventies hield. Hij werd ontslagen of ontving ten minste een flinke schrobbering. De biografie van Johann Sebastian Bach laat zien hoe hij worstelde met kerkelijke autoriteiten die zich beklagden over de manier waarop hij met die regels en conventies omsprong (namelijk ongewoon, in onze oren nu heel normaal). Muziek had een sterke normatieve component: het moest op een bepaalde manier want anders was het niet goed, bijvoorbeeld in de ogen van God, dat wil zeggen: van wat naar de oren van de kerkelijke autoriteiten respectievelijk het kerkvolk God niet zou kunnen behagen. Recht en theologie overlapt elkaar

flink en het was dan ook heel normaal dat theologische ‘rechtsregels’ de kerkelijke muziek beheersten. Bach zag het trouwens zelf ook zo, want zijn kerkmuzikale hoogste doel formuleerde hij als: *‘eine regulirte Kirchenmusic zu Gottes Ehren und Ihrem Willen nach’*. En Gods wil vertegenwoordigde de hoogste wet. De band tussen recht en muziek was in dit opzicht dus vanzelfsprekend.

3. Muziek als bondgenoot van macht en recht

Muziek kan echter ook een effectief instrument ter bevestiging van de macht zijn. Muziek was en is ook onderdeel van religie en overheidsmacht. Bezwering, aanroeping, huldiging, rouwbeklag en vreugdebetuigingen, nation building, uithoudingsvermogen en doodsverachting, saamhorigheid: muziek werd en wordt ervoor gemaakt. Legers die vertrekken naar het front of die een land komen bezetten werden en worden begeleid door muziek die de gevestigde of op te leggen orde krachtig bevestigt. Het fenomeen volkslied is een ook in vreedstijd belangrijke uitdrukking van die functie. Volksliederen bevestigen dat wij samen ‘ons’ zijn. Zij die ons volkslied niet met ons meezingen horen er niet bij, zou je moeten vinden. Wij mogen ons daarom gelukkig prijzen dat we een volkslied hebben dat op dat punt niet erg effectief meer is, noch qua melodie (een romantische vervorming van een zestiende-eeuwse wijs) noch qua tekst (het gaat nergens meer over, behalve het zelden gezongen zesde couplet met zijn persoonlijke geloofsbelijdenis als uit een Bijbelse psalm). Een lied dat ik graag meezing omdat het qua tekst een ander (bijvoorbeeld afkomstig uit een andere cultuur) niet uitsluit. Ons volkslied kan geen kwaad. Muziek die onze humane rechtsorde bevestigt. Vergelijk dat eens met een van bloed doordrenkt strijdlied als de Marseillaise, dat overigens muzikaal gezien veel effectiever is: meeslepende tekst, een zeer vlotte achttiende-eeuwse en dus makkelijk zingbare melodie. Daar heeft de rechtsorde veel meer aan. Niet de onze, denk ik dan maar. Law and Music als een wel wat ingewikkeld duo.

Maar muziek kan ook de rechtsorde oprecht dienen. Zo kan een uiterst vredelievend gezelschap als de rechterlijke macht niet zonder muziek, getuige de door de President van de Hoge Raad, Maarten Feteris, zelf gecomponeerde cantate die onlangs bij de opening van het nieuwe gebouw van de Hoge Raad door leden van het illustere college werd uitgevoerd. Een cantate die de functie van de rechtspraak (althans de Hoge Raad) als vreedstichtster bezingt. Law and Music op zijn leukst. Rechters die samen muziek maken. Juristen die muziek en recht verbinden. Een mooiere casestudy voor mijn onderwerp was nauwelijks denkbaar.

4. Muziek en strijd

Recht kan muziek in de wielen rijden, en andersom. Muziek wordt verboden, liederen mogen niet meer worden gezongen. Recht en muziek kunnen vijanden zijn, vooral als onrecht zich als recht voordoet. Ik denk dan meteen aan de nazi’s die muziek van Joodse componisten hebben verboden – een überhaupt lachwekkende

gedachte als hij niet zulke abjecte wortels had. Maar er is ook de ‘gevaarlijke’ muziek, opruiende, staatsondermijnende. Want die functie kan zij ook hebben. Heel effectief, zelfs. Zo weet iedereen dat België haar onafhankelijkheid te danken heeft aan het oproer na afloop van een uitvoering van een opera (*La Muette de Portici* van de Franse componist Auber), waarin op een gegeven moment een zeer romantisch-patriottistische aria wordt gezongen, waarvan wij (en ook de Belgen denk ik) niet meer zo opgewonden zouden raken. Nu waren er wel meer van dat soort opera’s en aria’s, maar de politieke atmosfeer was al verzadigd met een ontplofbaar mengsel, en dan is zo’n aria de vonk. De rechtsorde die het Wenen Congres in 1815 voor de Nederlanden had bedacht was daar niet tegen bestand. Maar er is ook vredelievende strijd. De vele strijdlieden van de socialistische beweging klinken ons misschien ook nog in de oren. Gezangen (die term is wel passend) over morgenrood en het sluiten van de rijen. Jarenlang op de radio te horen als de Vara begon met haar uitzendingen: gezongen door De Stem des Volks. Lieden die dienden tot emancipatie van en rechtdoen aan grote delen van de samenleving.

5. Muziekregels zelf onder vuur

Revolte en strijd kunnen ook de regels van de muziek zelf betreffen. De twintigste eeuw was ook wat dat betreft een waar slagveld. De muziek kende een revolutie, niet alleen de klassieke maar ook de ‘lichte’ muziek. De klassieke muziek onderging een losmakingsoperatie van de traditie die ongetwijfeld werd veroorzaakt door een onstuitbare vernieuwingsdrang. Dat was al begonnen met de vernieuwingen door een aantal Franse componisten, zoals Erik Satie, Claude Debussy, Maurice Ravel en Francis Poulenc met hun nieuwe klankidoom. Maar het was vooral Strawinsky die al in het begin van de twintigste eeuw met ongehoorde klanken en ritmes kwam, later gevolgd door Béla Bartók en de twaalfde eeuwse muziek van de ‘tweede Weense school’ van Arnold Schoenberg en zijn leerlingen Alban Berg en Anton Webern. Na de Tweede Wereldoorlog gingen Olivier Messiaen en Pierre Boulez nog verder. Enerzijds werden door de avant garde-componisten alle muzikale regels opzijgezet en ging men enthousiast een concertavond lang zitten luisteren naar het produceren van geluiden die in de traditionele zin niets meer met muziek te maken leken te hebben maar eerder met de kakofonie van het moderne leven. Weg met de regels en conventies. De muzikale rechtsorde werd omvergeworpen (op andere terreinen van kunst voltrokken zich gelijksoortige veranderingen). Zij is in een volgend stadium van ontwikkeling wel weer hersteld doordat weer meer werd aangesloten bij oude regels en conventies maar die resultaten waren toch nieuw en overtuigend. Zo’n proces van ‘wetteloosheid’ werkt zeer louterend. De durf werkt voor ons juristen (toch al niet zo geneigd tot iconoclasme) inspirerend, hoop ik. Anderzijds liep tegelijkertijd (vanaf begin jaren ‘60) een Gideonsbende van beoefenaren van barok- en vroegere muziek te hoop tegen de romantische uitvoeringspraktijk van die muziek. De door hen ontwikkelde ‘authentieke’ uitvoeringspraktijk berustte op het uitgangspunt dat die muziek

moest klinken zoals in de tijd van haar ontstaan. Deze paradigmawisseling leverde aanvankelijk niet steeds prachtige resultaten op maar was wel overtuigend vooral omdat zij aansloot bij onze steeds sterkere cultuur van behoud van het oude in een zo origineel mogelijke toestand. Bach moest klinken zoals Bach het had gespeeld en dus had gewild. Het resultaat wordt in hoge mate gekenmerkt door reconstructie van iets dat wij niet rechtstreeks kennen en daarom in mijn opvatting vooral onze eigen muzikale smaak weerspiegelt. Uiteindelijk dankzij veel studie en oefening (en de steeds betere bouw van kopieën van oude instrumenten) was deze ‘wetenschappelijk beredeneerde’ toon definitief gezet. Nieuwe muziek met nieuwe regels, meen ik.

Intussen was de lichte muziek in de twintigste eeuw ontdaan van haar ‘klassieke’ romantische trekken en in toenemende mate beïnvloed door de Amerikaanse jazz, blues en rock-’n-roll, waaruit de popmuziek voortkwam die ‘klassiek’ werd door bands als The Beatles en The Rolling Stones. Die muziek heeft qua omvang van aandacht en publiek de kroon overgenomen van de klassieke. Een ware revolutie. Pop is voor een breed publiek toegankelijker omdat zij doeltreffender is dan de klassieke muziek doordat zij de moderne emoties rechtstreeks vertolkt en dus ook treft. Uiteindelijk is die ontwikkeling weer maatgevend geweest voor de klassieke muziekbeoefening want er wordt met een emotionele directheid en een enorm gevoel voor timing tegenwoordig Bach en Mahler gespeeld die, denk ik, zonder de pop niet goed mogelijk zouden zijn geweest (de Amerikaanse componist en dirigent Leonard Bernstein was een voorloper). De oude regels zijn wel gebleven maar aangepast aan de nieuwe tijd, zodat de jasjes beter passen. Authentiek is vooral steeds meer eigentijds van de 21^e eeuw. Geen slechte ontwikkeling, een Swingende Sweelinck.

6. Er moet gescoord worden

Deze ontwikkeling van de muziek staat als maatschappelijk fenomeen niet geïsoleerd en zelf heb ik het idee dat het recht dezelfde ontwikkeling doormaakt. Aan de ene kant die van de popmuziek en de daardoor beïnvloede klassieke muziekpraktijk: er moet emotioneel gescoord worden (dat is overigens helemaal niet nieuw), en meteen (wel nieuw). Recht en rechtspraak moeten de burger dienen, en met de emoties van de burger moet de rechtsvorming rekening houden. Met emoties bedoel ik dan in het bijzonder de gevoelens van onvrede die worden gewekt door de beleving van onvoldoende of gebrekkige werking van het recht. Misstanden moeten dadelijk worden geredresseerd. Jarenlange processen kunnen echt niet meer. Aan de andere kant is er het fenomeen van de ‘verwetenschappelijking’ van de klassieke muziekbeoefening en de rechtsvorming en -beoefening. Alles moet natuurlijk wel goed onderbouwd zijn. We moeten goed geïnformeerd muziek maken en naar muziek kunnen luisteren, en de wetgever en de rechter moeten goed geïnformeerd hun werk kunnen doen. Alles lijkt ook gecompliceerder te worden, waaronder de werking van onze emoties. Snel én goed. We willen een perfecte uitvoering, een perfect rechtsstelsel, maar het moet wel snel gebeuren, want anders haken we af.

De volgende emotie komt immers al weer over ons heen. We willen uit het perfecte kunnen kiezen, en dus is het ene perfecte nog niet af of het volgende wordt al weer geëist. Veel op basis van scoren in de media. Welke uitvoering van de Matthäus-Passion op CD wordt de beste gevonden? Welke advocaat? Welke rechter? Welke rechtsregel? Je ziet dat net als in de muziek de performance, het scoren, belangrijker is dan consistentie van de inhoud.

7. Law and Music – spanning oplossen: dissonanten en consonanten hun plaats geven

Goede muziek verrast en ontroert. De op het eerste oog meest gekunstelde fuga van Bach zit voor de speler maar ook voor de luisteraar (die niet dadelijk de moed opgeeft) vol verrassingen die ons evenwicht herstellen. En ook hier kan een parallel met het recht worden getrokken, want goed recht doet hetzelfde. Mensen kunnen door een uitspraak van de rechter verrast worden. Uiteraard onaangenaam, maar ook positief doordat wordt beslist op een wijze die alle betrokkenen bevredigt, ook voor de verliezende partij. Het gaat daarbij meestal om het gevoel van de verliezende partij dat naar haar is geluisterd en met haar rekening is gehouden. Er is dan harmonie, ook al eindigt het stuk voor haar in mineur. De toonaard (grondtoon en toongeslacht) is niet zo belangrijk voor onze emotie, wel de oplossing van dissonanten. Voor onze muziek is de tegenstelling tussen de welluidend klinkende consonant en de gewrongen dissonant wezenlijk. Een lievelingsstuk van mij is het begin van het ‘dissonantenkwartet’ van Mozart (Strijkkwartet in C grote terts, KV 465), natuurlijk alleen al om het plezier om als cellist met de brommende losse C-snaar te beginnen. De door dissonante klanken – opgewekt door direct naast elkaar liggende noten – gewrongen inleiding wordt stralend opgelost doordat de samenklank welluidend wordt als gevolg van het vergroten van de ruimte tussen de noten: de hemel gaat open. Maar een ander lievelingsstuk dat ik graag speel (maar dan alleen op de piano) is het Menuet Antique van Ravel (voor piano, later door de componist bewerkt voor orkest), waarvan het hoofdthema in fis kleine terts met de deur in huis valt met de schrille dissonant van de kleine secunde eis-fis. Het stuk is uit 1895 maar die dissonant hoor je nog steeds vaak om je heen als er weer een hulpdienst voorbijrijdt. Heel modern dus. Die dissonant wordt in het stuk meteen opgelost in een consonante terts maar keert steeds weer terug en wordt als het ware consonant voor de luisteraar: hij gaat hem ervaren als mooi. Je gaat van deze dissonant houden. Er is harmonie. En dat komt door de contrasterende oplossing die erop volgt. Je wordt door de dissonant wakker geschud maar door de oplossing overtuigd van die functie. De techniek is al een paar eeuwen eerder geperfectioneerd door Bach, van wie alle componisten na hem het spel hebben geleerd. De muziek van Bach kan niet zonder. Verdriet wordt omgezet in ontroering. Boosheid in aanvaarding (niet in passieve berusting). Dat was althans zijn doel. Iets daarvan beleven wij vandaag nog. De op de

dissonant gevolgd door consonant laat snaren van de toehoorder meetrillen. En misschien daarom raakt die muziek ons nog steeds tot op het bot. Dit fenomeen is wat mij in het recht mateloos boeit: de harmonie die ontstaat door de inwerking van dissonante en consonante samenklanken op elkaar. Botsende opvattingen en emoties, die elk hun plaats krijgen in het recht. De goede rechtsregel of rechtstoepassing maakt duidelijk waarom de andere oplossing niet is gekozen. Dat maakt verlies aanvaardbaarder. Muziek kan ons juristen nog veel leren.

Burgerlijk (proces)recht en ADR

Over 'innovatie' via wetgeving

Ellen van Beukering-Rosmuller¹

I. Inleiding

De naam Henk Snijders is behalve met het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht ook evident verbonden met arbitrage. Via het hoofdredacteurschap van het Tijdschrift voor Arbitrage (TvA) en deelname aan de Working Group on Arbitration and Conciliation van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) volgt hij echter ook de ontwikkelingen rondom ADR (Alternative Dispute Resolution). Met ADR wordt bedoeld ofwel alle geschilbehandelingsmethoden buiten de overheidsrechter ofwel enkel de non-adjudicatie, derhalve de niet op een bindende beslissing van een derde gerichte buitengerechtelijke geschilbehandelingsprocedures (waarbij arbitrage en bindend advies niet tot ADR worden gerekend).² Deze laatste definiëring van ADR wordt o.a. in TvA gehanteerd en volg ik in deze bijdrage. TvA besteedt in beperkte mate ook aandacht aan ADR, met een accent op mediation als belangrijkste ADR-vorm en in het bijzonder de juridische aspecten daarvan. Het juridisch kader van mediation is een interessante invalshoek. Want hoewel mediation een belangrijk instrument in het kader van dejuridisering is, blijkt deze wijze van alternatieve geschilbeslechting toch aanleiding te geven tot nieuwe juridische vraagstukken, met de nodige jurisprudentie tot gevolg. Ook de Europese en de Nederlandse wetgever hebben zich niet onbetuigd gelaten. Op Europees niveau is op 21 mei 2008 de Mediationrichtlijn vastgesteld. De richtlijn is op 21 november 2012 in het Nederlandse recht omgezet. Aan een nieuw wettelijk kader voor mediations op nationaal niveau wordt al enige tijd gewerkt. Daarover valt veel te melden. Deze bijdrage spitst zich toe op een bespreking van enkele (wenselijke) nieuwe elementen in wetgeving, die zien op een goede aansluiting van rechtspraak op (gefaciliteerde) onderhandelingen. Concreet betreft het de thema's: beslechting van juridische deelgeschillen in mediation en tenuitvoerlegging van ADR-/mediationresultaten. In het kader van het laatste onderwerp passeert ook kort een nieuw regelgevend initiatief op UNCITRAL-niveau de revue. Ter introductie het volgende.

¹ Mr. dr. E.J.M. van Beukering-Rosmuller is universitair docent Burgerlijk Procesrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

² H.J. Snijders, 'Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema *revisited* en *updated*', AA 51 (2002) 7/8, p. 483-485.

2. Inleidende opmerkingen ADR/mediation in het burgerlijk recht: De Europese Mediationrichtlijn, de Nederlandse Implementatiewet en nieuwe voorstellen van wet

De Europese Mediationrichtlijn van 21 mei 2008³ ziet op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van mediation geen zeggenschap hebben. De richtlijn bevat kaderregelgeving. Mediationprocedures moeten een voorspelbaar juridisch kader hebben en aan bepaalde minimumeisen voldoen. De mediationprocedure zelf wordt door de richtlijn niet geregeld, teneinde de flexibiliteit daarvan ongemoeid te laten. Lidstaten kunnen desgewenst nadere eisen stellen. De in het Nederlandse recht op 21 november 2012 in werking getreden Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG (hierna: de Implementatiewet)⁴ is een zelfstandige wet, die zich, overeenkomstig de reikwijdte van de richtlijn, beperkt tot grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen. Art. 1 Implementatiewet definieert mediation, conform de richtlijn, als ‘een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken’. Ter uitvoering van de richtlijn zag de Nederlandse wetgever zich gehouden tot het treffen van enkele wettelijke voorzieningen, betreffende: court-annexed mediation, de mogelijkheid van het verbinden van een executoriale titel aan een mediationresultaat, het verschoningsrecht van de mediator en de stuiting van de verjaring van rechtsvorderingen door mediation.⁵ Nu grensoverschrijdende mediations (in burgerlijke en handelszaken) een wettelijke regeling hebben gevonden in de Implementatiewet, kan nadere wetgeving voor mediations in nationale geschillen in feite niet uitblijven. De wenselijkheid daarvan wordt bovendien versterkt door het feit dat in het burgerlijk recht de rechtspleging in toenemende mate ook buiten de rechter plaatsvindt, niet alleen via arbitrage en bindend advies, maar ook steeds meer via ADR/mediation. Partijen hebben in de, in principe vertrouwelijke, mediationprocedure de mogelijkheid om snel en (kosten)effectief, onder leiding van een neutrale en onafhankelijke mediator, tot zelfgekozen geschiloplossingen te komen. Deze oplossingen hoeven niet beperkt te blijven tot de traditionele juridische remedies,

3 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2008, L 136/3.

4 *Stb.* 2012, 570.

5 Waarover uitvoerig: E.J.M. van Beukering-Rosmuller & P.C. van Schelven, *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht. Juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013.

waardoor zij mogelijk beter aansluiten bij de onderliggende belangen van partijen. De mediationprocedure kent echter ook nadelen en is beslist niet voor elk geschil geschikt. In dit verband zijn er, mede vanuit de rechtspraak, belangrijke indicaties pro en contra de toepassing van mediation ontwikkeld.⁶

Het realiseren van een wettelijk kader voor mediations op nationaal niveau blijkt inmiddels geen sinecure te zijn. In september 2013 diende het toenmalige VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur, sinds 20 maart 2015 Minister van Veiligheid en Justitie, een initiatiefwetsvoorstel in, bestaande uit drie samenhangende voorstellen van wet: Wet registermediator, Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht en de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht. Dit initiatiefwetsvoorstel onderging meerdere wijzigingen, waarna het uiteindelijk in juni 2015 door VVD-Tweede Kamerlid Van Oosten is ingetrokken. Er bleken grote verschillen van inzicht te bestaan omtrent hetgeen er rond nationale mediations wettelijk geregeld moet worden en de precieze inhoud van de wetgeving. Ook het advies van de Raad van State was uiterst kritisch. Van regeringswege is aangekondigd op korte termijn met nieuwe mediationwetgeving te komen. Naar verluidt gaat het om een voortzetting van het oude (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel van Van der Steur, met enkele wijzigingen mede naar aanleiding van amendementen vanuit de Kamer. Er volgt een consultatieronde en er wordt opnieuw advies aangevraagd bij de Raad van State.⁷ Een zekere mate van discussie zal er onder de nieuwe voorstellen van wet ongetwijfeld blijven. Dit alleen al vanwege de complexiteit van thema's als de verhouding van mediation tot het recht op toegang tot de rechter, de vertrouwelijkheid van mediation en de kwaliteitsborging van deze ADR-vorm. Ook ligt het in de lijn der verwachting dat er in de nieuwe wetgeving, overeenkomstig het (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel, sprake is van een verdere wettelijke verankering van mediation dan waarin is voorzien in de Implementatiewet. In de discussie over de regelgeving omtrent mediation in het burgerlijk recht, zoals die (tot nu toe) op basis van het initiatiefwetsvoorstel is gevoerd, valt er overigens niet alleen kritiek te beluisteren. Er is bijvoorbeeld een relatief grote eensgezindheid over de wenselijkheid van voorzieningen die bijdragen aan een korte lijn naar de rechter ter verkrijging van een rechterlijke beslissing op een deelgeschil of een rechterlijke bekrachtiging van een mediationresultaat. Dergelijke voorzieningen worden gezien als passend in deze tijd en als stimulans voor een verdere toepassing van ADR/mediation. Een goede reden om hier een nadere beschouwing aan te wijden.

6 Zie nader o.a. M. Pel, 'Professioneel verwijzen naar mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 375 e.v.; E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Mediation naast rechtspraak: ontwikkelingen in praktijk en wetgeving', *TvA* 2013/50.

7 Dit betreft de stand van zaken ten tijde van afsluiting van de tekst voor deze bijdrage (26 februari 2016).

3. De beslechting van juridische deelgeschillen in mediation

Een mediator beslist in principe niet.⁸ Kenmerkend voor mediation is een geschiloplossing door partijen zelf. De mediator stuurt vooral op het proces en in beginsel minder op de (juridische) inhoud.⁹ Niet zelden blijkt dat partijen in een mediation het over veel zaken eens kunnen worden, maar er één of meer geschilpunten blijven waarover zij een beslissing (van een derde) wensen, bijvoorbeeld over de omvang van een schadevergoeding. Er zijn reeds verschillende procedures die in aanmerking komen voor de beslechting van een (juridisch) deelgeschil in mediation, met name: bindend advies, arbitrage, e-Court, het kort geding en de procedure bij de kantonrechter ex art. 96 Rv. Ook de deelgeschilprocedure (art. 1019w-1019cc Rv) is een optie, zij het dat de procedure beperkt is tot letsel- en overlijdensschade. Elk van deze procedures heeft eigen kenmerken met voor- en nadelen.

In het kader van rechtspraak op maat staat met name art. 96 Rv in de belangstelling, in ieder geval bij de wetgever en de rechtspraak.¹⁰ Partijen kunnen op de voet van art. 96 Rv op relatief eenvoudige, snelle en goedkope wijze een beslissing van een kantonrechter krijgen.¹¹ Door de vrijwillige verschijning van partijen kan van meerdere procesregels worden afgeweken. Art. 96 Rv houdt geen beperking in wat betreft de complexiteit of het financiële belang van het geschil. Het voordeel van deze weg ten opzichte van een gewone procedure is ook de vrijheid die de rechter heeft bij het bepalen van de wijze waarop de procedure wordt gevoerd. Daarbij is overleg met partijen mogelijk, hetgeen o.a. voor een goede aansluiting op een mediation wenselijk kan zijn. Partijen kunnen zich op verschillende manieren tot de kantonrechter wenden en er is geen verplichte bijstand van een advocaat nodig. Hoger beroep staat slechts open indien partijen zich deze mogelijkheid uitdrukkelijk hebben voorbehouden (art. 333 Rv). Voorwaarde voor toepassing van de procedure is wel dat alle partijen daarmee instemmen.¹² De vrijheid van procesvoering die art. 96 Rv biedt, maakte art. 96 Rv

⁸ Ingeval een mediator desgevraagd toch een beslissing geeft, gebeurt dit vaak in de vorm van een bindend advies. Ook een combinatie van mediation en arbitrage is mogelijk.

⁹ Niettemin werkt het recht op verschillende manieren in een mediation door. In ieder geval bij de finale toets van een in mediation bereikte overeenkomst, daar een bereikte vaststelling niet in strijd mag zijn met de goede zeden of de openbare orde (art. 7:902 BW).

¹⁰ Waarover P.E. Ernste, 'Art. 96 Rv: rechtspraak op maat?', *Trema* 2012, nr. 5, p. 167 e.v.; E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Art. 96 Rv in de belangstelling. In het bijzonder de beslechting van juridische deelgeschillen in mediation', *TvA* 2014/24.

¹¹ Art. 96 Rv (in de huidige versie) luidt: 'In alle zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van partijen staan, kunnen zij zich samen tot een kantonrechter van hun keuze wenden en zijn beslissing inroepen. Het geding wordt gevoerd op de wijze als door de kantonrechter bepaald.'

¹² Nader over deze procedure: H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 84; Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 58-60.

ook geschikt als kapstok voor de onlangs geïntroduceerde digitale procedure bij de kantonrechter, de e-Kantonrechter, met eigen regels en voorwaarden.

Rond art. 96 Rv valt een tweetal wetgevingsinitiatieven te melden die mijns inziens, mede in het licht van een effectieve beslechting van juridische deelgeschillen in mediation, als waardevol zijn te bestempelen. Ten eerste voorzag het (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht van Van der Steur (in art. III sub C) in een wijziging van art. 96 Rv, bij invoering waarvan buiten discussie zou worden gesteld dat partijen ook *bij voorbaat* – derhalve voor toekomstige geschillen, bijvoorbeeld deelgeschillen in mediation – rechtsgeldig een art. 96 Rv-procedure kunnen overeenkomen.¹³ Naar heersende opvatting kunnen namelijk slechts reeds bestaande geschillen met wederzijds goedvinden aan de kantonrechter worden voorgelegd.¹⁴ De laatste tijd hoort men echter steeds vaker de opvatting dat er niet echt een rechtvaardiging lijkt te zijn voor het verschil tussen arbitrage en bindend advies enerzijds en de art. 96 Rv-procedure anderzijds, die in de literatuur ook wel als ‘arbitrageachtig’ wordt gekenschetst.¹⁵ Voorts blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat partijen afstand kunnen doen van de wettelijk bevoegde rechter, mits dit vrijwillig en ondubbelzinnig geschiedt. Hieraan wordt niet de voorwaarde verbonden dat deze afstand enkel kan plaatsvinden nadat het geschil is ontstaan.¹⁶ Het bij voorbaat rechtsgeldig kunnen overeenkomen van de art. 96 Rv-procedure (in ieder geval door bepaalde, bijvoorbeeld professionele, partijen) past ook bij de toenemende aandacht voor ‘maatwerk’ in de civiele geschilbeslechting. Specifiek voor mediation geldt dat het voor partijen mogelijk aantrekkelijker wordt voor deze wijze van geschilafdoening te kiezen, als zij op voorhand weten dat zij bij (resterende) juridische deelgeschillen relatief eenvoudig een rechterlijke beslissing kunnen krijgen. De reeds in mediation bereikte overeenstemming kan daarbij in stand blijven. Een voorziening op dit punt in nieuwe (mediation)wetgeving, overeenkomstig het voorstel van Van der Steur, is naar mijn mening dan ook wenselijk.¹⁷

13 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 723, nr. 6 (gewijzigde MvT), p. 28. Art. III sub C luidde: ‘In artikel 96 wordt na <<kunnen zij>> ingevoegd; al dan niet bij voorbaat, overeenkomen dat zij’.

14 Zie uitgebreid: M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Deventer: Kluwer 2012, p. 210-212.

15 Partijen kunnen wel (vooraf) rechtsgeldig overeenkomen dat toekomstige geschillen worden beslecht door middel van arbitrage of bindend advies. Zie echter ook art. 6:236 sub n BW.

16 Zie Ernste 2012, p. 169-170, met jurisprudentieverwijzingen.

17 Het ‘oude’ voorstel kende wel een juridische complicatie in relatie tot art. 108 lid 2 Rv, welke om verduidelijking vraagt.

Verder heeft de regering in het wetsvoorstel Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in art. I LL een (nieuw) tweede lid van art. 96 Rv voorgesteld,¹⁸ waar ik eveneens positief tegenover sta. Op grond van deze bepaling kan één van partijen bij de kantonrechter aangeven gebruik te willen maken van de art. 96 Rv-procedure, waarna de kantonrechter de andere partij(en) daarvoor uitnodigt.¹⁹ Het, mijns inziens gerechtvaardigde, vermoeden is dat hierdoor vaker voor de route van art. 96 Rv zal worden gekozen. Dit gebeurt thans nog relatief weinig. Een aannemelijke verklaring daarvoor is dat partijen die al een geschil hebben moeilijk onderling overeenstemming bereiken over daarmee samenhangende kwesties als de te volgen procesgang. Een partij zal waarschijnlijk welwillender tegenover deze procesgang staan wanneer de kantonrechter haar daarvoor uitnodigt. Dit is de reden voor de verruiming van art. 96 Rv, die ook de uitdrukkelijke instemming van de Raad voor de rechtspraak heeft.²⁰ Ook voor mediation zal deze verruiming in bepaalde situaties betekenis kunnen hebben. Meer voor de hand ligt echter dat partijen zich gezamenlijk tot de kantonrechter wenden ter beslechting van een deelgeschil in mediation. Dit gebeurt in de praktijk al op beperkte schaal, waarbij soms gebruik wordt gemaakt van een door partijen, met hulp van de mediator of raadslieden, gezamenlijk opgesteld verzoekschrift. Hiermee reeds opgedane ervaringen zijn overwegend positief. De aanpak verdient dan ook meer navolging.

Het (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht voorzag nog in een *extra* mogelijkheid ter beslechting van een deelgeschil in mediation, via art. 292 Rv-nieuw (art. III sub H wetsvoorstel). Het voorstel betrof een snelle en weinig kostbare, zij het met minder waarborgen omklede, (elektronische) procedure bij de ‘mediationrechter’ die slechts door een register-mediator (op gemeenschappelijk verzoek van partijen) zou kunnen worden geïnitieerd. Het meest opvallende aan het (inmiddels dus ingetrokken) voorstel was de constructie van een beslissing van de rechter onder de opschortende voorwaarde dat deze in de in de mediation gerealiseerde (vaststellings)overeenkomst wordt bevestigd. Dit voorstel met zijn vele juridische haken en ogen heb ik op een andere plaats uitvoerig besproken. Ik verwijs daar korthedshalve naar.²¹

18 In het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken* 34 059 (betreffende de eerste aanleg), wordt in art. I LL de huidige tekst van art. 96 Rv (zie voetnoot 11) ondergebracht in een eerste lid, waarbij een tweede lid bepaalt: ‘Indien slechts een van partijen zich tot de kantonrechter wendt voor toepassing van het eerste lid, wordt aan haar keuze slechts gevolg gegeven indien alle andere partijen de kantonrechter berichten dat zij instemmen met deze keuze.’ Het wetsvoorstel treedt waarschijnlijk in de loop van 2016 in werking.

19 De kantonrechter zal de andere partij(en) daarbij goed moeten informeren over de gevolgen van instemming met de art. 96 Rv-procedure, o.a. over het feit dat zij daarmee afstand doen van de ‘gewone’ procedure. Zie *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3 (MvT), p. 84-85.

20 Vgl. wetgevingsadvies nr. 2014/1, p. 39 (te raadplegen via www.rechtspraak.nl).

21 Zie Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 60-62.

Onder omstandigheden zou het inderdaad nuttig kunnen zijn als een mediator ook zelf (niet exclusief zoals in het voorstel, maar naast partijen en eventuele raadslieden) de mogelijkheid heeft een deelgeschil aan de ‘mediationrechter’ voor te leggen. Tegelijkertijd dringt zich de vraag op of de extra route wel echt nodig is naast de art. 96 Rv-procedure en de andere reeds bestaande mogelijkheden ter verkrijging van een beslissing op een deelgeschil in mediation. Mocht in nieuwe (mediation)wetgeving de route desalniettemin een plaats krijgen, dan is overleg met de rechtspraak over de nodige waarborgen en inrichting van deze procedure uiteraard aangewezen.

4. De tenuitvoerlegging van een ADR-/mediationresultaat

Resulteert een mediation in een vaststellingsovereenkomst, dan is daarmee nog geen executoriale titel verkregen. Dit betekent in beginsel dat als een partij de overeenkomst (onverhoopt) niet nakomt, in rechte nakoming moet worden gevorderd. Om de tenuitvoerlegging van een via mediation bereikte schriftelijke overeenkomst te vergemakkelijken, bepaalt art. 6 Mediationrichtlijn, kort gezegd, dat lidstaten het mogelijk moeten maken dat (de inhoud van) deze overeenkomst desgevraagd, met instemming van alle betrokken partijen, door een rechterlijke of andere bevoegde instantie uitvoerbaar wordt verklaard bij vonnis, arrest of authentieke akte. Op zich was nadere wetgeving in Nederland niet vereist om op dit punt aan de richtlijn te voldoen, met een uitzondering ten aanzien van de verzoekschriftprocedure. Partijen kunnen immers al een executoriale titel verkrijgen door de uitkomst van een mediation in een notariële akte te doen vastleggen (art. 430 jo. art. 156 Rv) of, bij een mediation tijdens een gerechtelijke procedure, door het schikkingsresultaat in een proces-verbaal van een comparitie te laten opnemen dat in executoriale vorm wordt opgemaakt (art. 87 lid 3 Rv, dagvaardingsprocedure) dan wel in een rechterlijke uitspraak. Bij een mediation volgens het Mediationreglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) wordt partijen ook de mogelijkheid geboden de vaststellingsovereenkomst neer te leggen in een arbitraal schikkingsvonnis (art. 8 NAI Mediationreglement jo. art. 1069 Rv), dat na een eventueel exequatur een executoriale titel oplevert (art. 1062 Rv). Art. 4 Implementatiewet voorziet, ter uitvoering van art. 6 Mediationrichtlijn, voor grensoverschrijdende geschillen reeds in de mogelijkheid ook het proces-verbaal van een in een verzoekschriftprocedure overeengekomen schikking in executoriale vorm op te maken.²² Gelijkschakeling van nationale en internationale gevallen op het onderhavige punt ligt in de rede. De in het (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht in art. III sub G voorgestelde uitbreiding in deze zin van art. 279 Rv (welk artikel onder het nieuwe civiele procesrecht vervalt) had dan ook mijn steun. Inmiddels lijkt een aparte voorziening in komende mediationwetgeving niet meer nodig, gezien art. 30m Rv-nieuw (zie het eerdergenoemde wetsvoorstel Vereenvoudiging en digitalisering van het

²² Een dergelijke schikking kan bijv. worden bereikt in een mediation na rechterlijke doorverwijzing.

procesrecht), waarin de uitgifte in executoriale vorm van het proces-verbaal van de mondelinge behandeling voor zowel procedures over 'vorderingen' als 'verzoeken' is geregeld.²³

Wel wordt algemeen erkend dat de tenuitvoerlegging van vooral de via buitengerechtelijke mediations bereikte vaststellingsovereenkomsten verder dient te worden vergemakkelijkt. In het buitenland treft men interessante mogelijkheden aan om op een eenvoudige wijze een executoriale titel aan een schikkingsresultaat te verbinden.²⁴ Ik noem hier, specifiek voor mediation, als voorbeeld de 'homologatieregeling' zoals opgenomen in de Belgische mediationwetgeving, op grond waarvan de Belgische rechter een onder leiding van een 'erkende' bemiddelaar tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst na mediation executabel kan verklaren, behoudens bij strijdigheid met de openbare orde of met de belangen van minderjarige kinderen (art. 1733 en 1736 Gerechtelijk Wetboek). Een vergelijkbare mogelijkheid bij de 'mediationrechter' kende het (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht in art. 293 Rv-nieuw (art. III sub H wetsvoorstel). In dit voorstel diende het verzoek tot bekrachtiging van het mediationresultaat, dat de rechter slechts zou kunnen afwijzen bij strijd met de openbare orde of de goede zeden, uit te gaan van de registermediator (zij het op gemeenschappelijk verzoek van partijen).²⁵ O.a. op dit punt had de Raad voor de rechtspraak, mijns inziens terecht, kritiek. Het verzoek tot bekrachtiging zou ook door partijen zelf of hun advocaten ingediend moeten kunnen worden.²⁶ Niettemin meen ik, met de Raad voor de rechtspraak, dat de mogelijkheid van bekrachtiging van een mediationresultaat door de rechter (waardoor executoriale kracht wordt verleend aan de vaststellingsovereenkomst) zinvol is. Een voorziening op dit punt in komende (mediation)wetgeving is mijns inziens dan ook wenselijk. De nadere uitwerking van deze mogelijkheid dient in overleg met de rechtspraak te geschieden, waarbij wellicht ook buitenlandse ervaringen kunnen worden betrokken.

Op Europees niveau geldt dat een vaststellingsovereenkomst na mediation (gesloten in het kader van een grensoverschrijdend geschil) die in een EU-lidstaat van een executoriale titel is voorzien, ook in andere lidstaten kan worden erkend en ten uitvoer gelegd. Weliswaar geeft de Mediationrichtlijn daarover geen eigen

23 In het nieuwe procesrecht worden de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure in elkaar geschoven. Alle procedures worden ingediend via een 'procesinleiding'. De termen dagvaarding en verzoekschrift verdwijnen. De 'procesinleiding' kan een vordering of een verzoek bevatten.

24 Zie nader: Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013, p. 45 e.v.

25 Zie voor de wettekst *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 723, nr. 5, zoals gewijzigd bij NvW d.d. 22 december 2014, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 723, nr. 10.

26 Wetgevingsadvies (concept-initiatiefwetsvoorstel mediation) nr. 2013/22, p. 8. Zie in dit verband ook het advies van de Raad van State d.d. 22 november 2013, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 722/723/727, nr. 4, p. 16-17 en p. 39-40.

regels, maar uit art. 6 lid 4 Richtlijn jo. overweging 20 van de considerans volgt dat dit mogelijk is overeenkomstig de geldende communautaire of nationale wetgeving. Deze uitvoerbaarverklaring kan bijvoorbeeld geschieden op basis van de (Herschikte) EEX-Vo. Ook de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation,²⁷ onder het bereik waarvan mediation valt (als vorm van begeleide geschiloplossing gericht op een schikking, art. 1 lid 3), kent geen specifieke voorziening voor de tenuitvoerlegging van een ADR-/mediationresultaat, maar stimuleert staten via art. 14 om in een dergelijk mechanisme te voorzien. Het onderwerp ‘enforcement of (international commercial) settlement agreements in conciliation’ staat inmiddels opnieuw op de agenda van UNCITRAL. In 2015 heeft Working Group II (Arbitration and Conciliation) als mandaat gekregen te onderzoeken of een uniform mechanisme voor tenuitvoerlegging haalbaar is en, zo ja, voor welke vorm moet worden gekozen. Eén van de genoemde opties is een verdrag met als doel de bevordering van het gebruik van ADR/mediation, op eenzelfde wijze als het Verdrag van New York uit 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken de groei van arbitrage heeft gefaciliteerd. Ook modelbepalingen en richtlijnen zijn opties.²⁸ Het UNCITRAL-initiatief is interessant, maar heeft waarschijnlijk wel nog een lange weg te gaan.

5. Slot

In de rede ligt dat nieuwe wetgeving de situatie voor (civielrechtelijke) mediations op nationaal niveau, door enkele aanpassingen in het BW en in Rv, ten minste in overeenstemming brengt met het juridisch regime zoals dat ingevolge de Mediationrichtlijn en de Implementatiewet geldt voor grensoverschrijdende geschillen. Een uitgebreidere wettelijke verankering van mediation in nationale geschillen ligt echter in het verschiet.²⁹ In deze bijdrage belichtte ik vooral de wenselijkheid van ‘innovatieve’ voorzieningen, waarmee op eenvoudige wijze een rechterlijke beslissing op een deelgeschil in mediation of een rechterlijke bekrachtiging van een mediationresultaat kan worden verkregen. Een aantal van de voorzieningen die hieraan kunnen bijdragen maakt onderdeel uit van het (ten tijde van de kopijdatum voor deze bundel nog bij het parlement aanhangige) wetsvoorstel Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht. Ik bepleitte voorts de opname van andere waardevolle voorzieningen in het onderhavige verband in komende (mediation)wetgeving. Korte lijnen naar de rechter kunnen bijdragen aan een verder gebruik van mediation en

²⁷ Zie voor deze Model Law uit 2002: www.uncitral.org.

²⁸ Vgl. www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html.

²⁹ Zie ook Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013, hoofdstuk 10, voor voorstellen en waarschuwingen in dit verband.

passen bij een efficiënte civiele rechtspleging. Ook het recente UNCITRAL-project inzake 'enforcement of settlement agreements' is 'innovatief' en een fraai internationaal voorbeeld van hoe via regelgeving wordt getracht het gebruik van ADR te stimuleren.³⁰ Henk Snijders vraagt hier terecht aandacht voor!

³⁰ Een verdere stimulans zou ook kunnen uitgaan van nadere (harmonisatie)wetgeving inzake mediation op Europees niveau. De voor 2016 geplande evaluatie van de Mediationrichtlijn kan een mooi ijkpunt zijn voor de discussie daaromtrent.

Armoede in het burgerlijk recht

Thijs Beumers en Alex Geert Castermans¹

I. Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW

Dient aan de rechter een algemene bevoegdheid toegekend te worden om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen? Deze vraag – Meijers' tiende vraagpunt² – was de opmaat voor één van de vernieuwingen van het Burgerlijk Wetboek van 1992. De regering voorzag dat in het moderne, naoorlogse maatschappelijke verkeer een geringe fout grote schade zou kunnen veroorzaken. Aansprakelijkheid voor de volledige schade zou dan desastreuze gevolgen kunnen hebben voor de schuldenaar: het zou de grondslag aan zijn economische bestaan volledig kunnen ontnemen.³ Hierop werd het ontwerp van een rechterlijke matigingsbevoegdheid toegesneden:

‘Indien toekenning van volledige schadevergoeding de schuldenaar in een noodtoestand zou brengen, kan de rechter de schadevergoedingsplicht matigen, tenzij de schade door opzet of grove roekeloosheid van de schuldeiser is veroorzaakt.’⁴

De bevoegdheid had dus met zo veel woorden een sociaal doel. Maar lopende het wetgevingsproces zag de Algemene Bijstandswet het licht, waaraan de hoop en verwachting werden ontleend dat de rechter de matigingsbevoegdheid nooit nodig zou hebben om een individuele burger voor economische ondergang te behoeden. Die zou uiteindelijk altijd de eindjes aan elkaar kunnen knopen met zijn aanspraak op sociale voorzieningen.⁵ Zo ontstond ruimte voor een algemene matigingsbevoegdheid, neergelegd in het huidige art. 6:109 lid 1 BW:

‘Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechts-

¹ Prof. mr. A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en mr. drs. M.T. Beumers is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

² Vraagpunt 10, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 404.

³ Toelichting-Meijers, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 440.

⁴ Ontwerp-Meijers, art. 6:1.9.7.

⁵ MvA II, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 451.

verhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.'

Deze bevoegdheid dient als ultimum remedium voor gevallen waarin volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.⁶ Daarbij staat niet langer louter de economische situatie van de debiteur centraal. De rechter moet de draagkracht van beide partijen in ogenschouw nemen.⁷

25 jaar later houden wij deze bepaling tegen het licht, maar niet dan na een onderzoek naar de ratio van de matigingsbevoegdheid. Wij grijpen daarbij terug op het werk van Henk Snijders, die kort na de inwerkingtreding van art. 6:109 BW enige vragen heeft gesteld over schadevergoeding naar draagkracht. De ratio van art. 6:109 BW achtte hij 'flinterdun', reden voor de rechter om uiterst terughoudend met de bevoegdheid om te springen.⁸

Startpunt van ons onderzoek naar de ratio is de constatering dat wereldwijd ruim 800 miljoen mensen onder de armoedegrens leven. Armoedebestrijding is wereldwijd, ook in Nederland en Europa, een belangrijk onderdeel van het sociaal-economische beleid. Dat beleid richt zich ook op privaatrechtelijke verhoudingen, zeker als de armoedegrens wordt gedefinieerd in termen van toegang tot bepaalde essentiële goederen en diensten (par. 2). De vraag is dan ook relevant wat het burgerlijk recht te bieden heeft in de bestrijding van armoede of het voorkomen van een armoedeval (par. 3).

Het antwoord zou allereerst kunnen worden gezocht in een verbod van onderscheid naar vermogen. In België is dit verbod wettelijk geregeld, onder meer in de rechtsverhouding tussen leveranciers en afnemers van goederen en diensten (par. 4). De ervaringen met dit verbod zijn schaars, maar ze leren dat de verwachtingen moeten worden getemperd. De contractsvrijheid wil ook wat. Zijn er civielrechtelijke leerstukken die wel kunnen bijdragen aan het bestrijden van armoede? Wij behandelen er enkele in de context van de rechtsverhouding tussen een financiële instelling of adviseur en haar arme cliënt (par. 5). Wij richten ons uiteindelijk op de matigingsbevoegdheid, om plaats in te ruimen voor het werk

6 MvA II, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 449 en HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2913, NJ 1999/510, r.o. 3.3.2.

7 MvA II, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 450-451. Eerder al was verdedigd dat bij de eventuele matiging de belangen van zowel de schuldenaar als de schuldeiser moeten worden betrokken. Zie: VVII (p. 442) en Rapport aan de Koningin (p. 446), *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981.

8 H.J. Snijders, 'Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht: liber amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 271-272.

van de laureaat van de bundel, Henk Snijders (par. 6). Het burgerlijk recht lijkt iets te kunnen bieden, zij het dat civilisten dat pregnanter tot uitdrukking kunnen brengen (par. 7). Het gaat er daarbij niet om welvaart beter te verdelen. Evenmin leidt toepassing van algemene leerstukken tot gegarandeerde toegang tot essentiële goederen of diensten. Wel kan een bijdrage worden geleverd aan het voorkomen van een armoedeval.

2. Armoedebestrijding

Kort na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek stelden de Verenigde Naties vast wat de organisatie en haar lidstaten te doen stond in het nieuwe millennium.⁹ Eén van de doelen was de uitbanning van extreme armoede en honger, zo lieten de staatshoofden en regeringsleiders in vergadering weten:

‘We will spare no effort to free our fellow men, women and children from the abject and dehumanizing conditions of extreme poverty, to which more than a billion of them are currently subjected. We are committed to making the right to development a reality for everyone and to freeing the entire human race from want.’¹⁰

met het concrete streven:

‘To halve, by the year 2015, the proportion of the world’s people whose income is less than one dollar a day and the proportion of people who suffer from hunger and, by the same date, to halve the proportion of people who are unable to reach or to afford safe drinking water.’¹¹

Deze zogenaamde *millennium goals* zijn inmiddels ingewisseld voor *The 2030 Agenda for Sustainable Development*. Daarin zijn nog concretere doelen aangemerkt, naar nationale maatstaven te meten:

- ‘1.1 By 2030, eradicate extreme poverty for all people everywhere, currently measured as people living on less than \$ 1.25 a day
- 1.2 By 2030, reduce at least by half the proportion of men, women and children of all ages living in poverty in all its dimensions according to national definitions
- 1.3 Implement nationally appropriate social protection systems and measures for all, including floors, and by 2030 achieve substantial coverage of the poor and the vulnerable
- 1.4 By 2030, ensure that all men and women, in particular the poor and the vulnerable, have equal rights to economic resources, as well as access to basic services, ownership and control over land and other forms of property, inher-

9 United Nations Millennium Declaration, resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 18 september 2000, A/RES/55/2.

10 United Nations Millennium Declaration, onder 11.

11 United Nations Millennium Declaration, onder 19.

*itance, natural resources, appropriate new technology and financial services, including microfinance.*¹²

Dit streven is niet vrijblijvend, althans niet voor de Staten die partij zijn bij het Europees Sociaal Handvest van 1966, waarvan art. 30 bepaalt dat eenieder recht heeft op bescherming tegen armoede. Het Europese armoedebeleid heeft gestalte gekregen door armoede niet alleen aan de hand van de hoogte van het inkomen – de *at-risk-of-poverty rate* –, honger en toegang tot water te definiëren, maar ook in termen van toegang tot wat op ons continent als essentiële goederen en diensten worden beschouwd. Deze essentiële goederen en diensten zijn te vinden op de *index of material deprivation*. Mensen worden geacht armlastig te zijn als ze zich vier van de volgende negen basisbehoeften niet kunnen permitteren: de huur en de rekening van de nutsbedrijven, verwarming in huis, onverwachte uitgaven, om de dag vlees, vis of ander proteïnerijk voedsel, elk jaar een weekje vakantie, een auto, een wasmachine; kleurentelevisie of een telefoon.¹³

Desalniettemin leven vijftig jaar na de introductie van art. 30 ESH ongeveer 80 miljoen inwoners van de Europese Unie onder de armoedegrens, gemeten naar deze Europese maatstaven. Het doel is in 2020 twintig miljoen mensen er bovenop te helpen.¹⁴

Hoe is het in Nederland? Het aantal personen dat leefde in een huishouden met een lager besteedbaar inkomen dan het normbedrag voor basisbehoeften, zoals een woning, kleding en eten, groeide tussen 2007 en 2013 van iets meer dan 600.000 naar ruim 850.000 (in 359.000 huishoudens).¹⁵ Ook de langdurige armoede is in die periode toegenomen. In 2011 telde Nederland volgens het basisbehoeftecriterium 169.000 langdurig armen; in 2013 was dit gestegen tot 226.000 personen.¹⁶ Wie in

12 Resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 25 september 2015, A/RES/70/1, p. 15.

13 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Het Europees platform tegen armoede en sociale uitsluiting: Een Europees kader voor sociale en territoriale samenhang*, Brussel 16 december 2010, SEC (2010) 758 definitief, p. 22. De Commissie gebruikt nog een derde indicator: het percentage van de bevolking dat deel uitmaakt van een huishouden 'with very low work intensity'.

14 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Het Europees platform tegen armoede en sociale uitsluiting: Een Europees kader voor sociale en territoriale samenhang*, Brussel 16 december 2010, SEC (2010) 758 definitief, p. 2.

15 *Armoedesignalement 2014*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau/centraal Bureau voor de Statistiek 2014, p. 58.

16 *Armoedesignalement 2014*, p. 60.

armoede valt, is er een jaar later wellicht weer uit – in 60% van de gevallen lukt dat – maar een groot deel van de uitstromers wordt in latere jaren toch weer arm.¹⁷

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verwacht op basis van recente statistische gegevens dat het plafond van de armoede is bereikt. Tegelijkertijd beklemtoont zij het belang van ‘snel ingrijpen’ om langdurige armoede te voorkomen. Het kabinet heeft structureel € 100 miljoen *extra* beschikbaar gesteld voor het voorkomen en bestrijden van armoede *en schulden*.¹⁸ Het grootste gedeelte hiervan gaat naar gemeenten die hiermee maatwerk moeten leveren voor mensen die in de financiële problemen zijn gekomen. Het kabinet wil *preventie* en ‘vroegsignalering’ van armoede- en schuldenproblematiek stimuleren.¹⁹ Nu preventie van armoede en schulden zo uitdrukkelijk centraal is gesteld, is een logische vervolgvraag of, en zo ja wat, het burgerlijk recht hieraan kan bijdragen.²⁰

3. Ongelijkheidscompensatie als doel van burgerlijk recht

Het debat over de rol van het privaatrecht wordt doorgaans gezet in de sleutel van herverdeling van welvaart. In deze zin heeft het zilveren Burgerlijk Wetboek weinig bij te dragen aan het uitbannen van armoede. Wie zich vlees noch vis kan permitteren, vangt bot bij de slager en de visboer. De contractsvrijheid en de bescherming van de eigendom brengen dat mee. Het huidige vermogensrecht past goed in wat wel wordt genoemd de ‘libertijnse’ visie op de samenleving, waarin eigendomsoverdracht recht moet doen aan ieders autonomie en moet zijn terug te voeren op de talenten, de werkkraft en het vermogen van de verkrijger.²¹ De personificatie van deze visie is de professionele basketbalspeler Wilt Chamberlain, die werd ingehuurd door een club onder de voorwaarde dat hij 25 cent zou verdienen voor elk ticket dat zijn club verkocht. Het bleek een lucratieve deal voor Chamberlain, goed voor \$ 250.000 in het eerstvolgende seizoen. De afspraak had bedenkelijke kanten. Chamberlain verdiende vele malen meer dan zijn teamge-

17 J.M. Wildeboer Schut & S. Hoff, *Een lang tekort. Langdurige armoede in Nederland*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2016, p. 6 en 7.

18 Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 4 april 2016 betreft Rijksincassovisie, reactie op de rapporten van het SCP en Save the Children.

19 *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 300 XV, nr. 2, p. 15 en 16.

20 Volgens de staatssecretaris kan de toepasselijkheid van de Wft op telefoonabonnementen die als kredietovereenkomsten kunnen worden gekwalificeerd – HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Statia*) en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *AA* 2016/3, m.nt. W.H. van Boom (*Lindorff/Nazier*) – ‘een waardevolle bijdrage leveren aan de aanpak van de schuldenproblematiek in den brede’; *Kamerstukken II* 2014-2015, 32 545, nr. 31, p. 1.

21 Zoals is verdedigd door R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Malden: Blackwell Publishing 1974, p. 149-153. Hij ontwikkelt hier zijn *entitlement theory*, die de lezer aan het geldend Nederlands vermogensrecht zal doen denken.

noten en voor armlastige fans van de club werden de kaartjes te duur. Niks mee mis, betoogt de libertijn Nozick, want ieder handelde uit vrije wil – niet alleen Chamberlain en zijn club, maar ook zijn collega's en fans – en dat staat garant voor de juiste verdeling van de welvaart.²²

Helpt deze visie twintig miljoen Europeanen uit de armoede? Het simpele antwoord zal zijn dat zij de burger prikkelt om zichzelf te verheffen, met de talentvolle Chamberlain als rolmodel. Maar wat heeft die burger aan het centraal stellen van kwaliteit en autonomie, als hij zelf niets heeft te bieden of van aanvang af een niet te overbruggen achterstand heeft op anderen?

Nozick heeft als antagonist Dworkin, die betoogt dat alle burgers eenzelfde uitgangspositie zouden moeten hebben, dat wil zeggen dat zij 'in den beginne' aanspraak hebben op een gelijke hoeveelheid goederen en diensten, waarbij gelijkheid wordt gerelateerd aan ieders behoefte.²³ De hypothetische rechtvaardige initiële verdeling wordt bepaald door de *envy test*: zodra iedereen niet langer andermans portie begeert, is de juiste beginverdeling gevonden. Schipbreukelingen op een onbewoond eiland dienen als voorbeeld. Zij zouden een veiling moeten houden waarbij alle schatten en voorraden van het eiland worden geveild en ieder voor deze veiling evenveel betaaleenheden krijgt. Veel gevraagde goederen zullen duurder zijn, minder gewilde objecten goedkoper. Via de veiling komen ze terecht bij degene die er het meeste om geeft, voor een eerlijke prijs.²⁴

Hoe voorkomt men vervolgens dat dit systeem over de loop der tijd een oneerlijke verdeling veroorzaakt? Door geluk en pech, maar ook door verschillen in talent en ambities zal de eerlijke beginverdeling namelijk worden verstoord. Het is dan zaak te bepalen welke oorzaken van welvaartsverschillen gerechtvaardigd zijn en welke een aanleiding geven om in te grijpen in de scheefgroeiende verdeling van de welvaart en hoe die ingreep gestalte krijgt. Dworkin zoekt hiertoe zijn heil in een wereld van hypothetische verzekeringen.²⁵

Dworkin en Nozick hebben gemeen dat zij de autonomie hoog in het vaandel voeren. Nozick neemt al genoeg met het autonomiebeginsel zelf als garantie voor een juiste verdeling van de welvaart. Dworkin bekommert zich over de oorspronkelijke verdeling en de mogelijkheid dat een aanvankelijke juiste verdeling in de loop der tijd scheef groeit zonder dat daar een goede grond voor is. De oplossing zoekt hij in een contractuele context: de veiling en de verzekeringsmarkt.

Als dit zo is, dan lijkt voor het behandelen van ongelijkheidsgevallen een rol weggelegd voor het burgerlijk recht, omdat het burgerlijk recht is doortrokken van het autonomiebeginsel. Niettemin richt Dworkin zich op regelingen van publiek-

22 Nozick 1974, p. 160-164.

23 R. Dworkin, *Sovereign Virtue*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2000, p. 14-16.

24 Dworkin 2000, p. 68-71.

25 Dworkin 2000, p. 81-83 en p. 92-99.

recht, bijvoorbeeld op het terrein van sociale voorzieningen en belastingen, in plaats van op privaatrechtelijke instrumenten.²⁶ Ook Rawls betoogt dat ongelijke welvaartsverdeling moet worden aangepakt via belastingen en andere publieke instrumenten in plaats van door te interveniëren in individuele transacties tussen private partijen:

*'It [herverdeling van welvaart; AGC/MTB] applies to the announced system of public law and statutes and not to particular transactions or distributions ...'*²⁷

en

*'The objection that the difference principle [Rawls' theorie over welvaartsverdeling, AGC/MTB] enjoins continuous corrections of particular distributions and capricious interference with private transactions is based on a misunderstanding.'*²⁸

De aarzeling om burgerlijk recht te gebruiken voor een meer gelijke verdeling van welvaart vindt steun van civilisten. Van Oven betoogde dat het privaatrecht niet dient te worden gebruikt voor herverdeling van vermogen tussen rijken en armen. Het dient eerder de status quo te beschermen. Indien vermogen op een juiste manier is verworven, wordt het beschermd door het contracten- en aansprakelijkheidsrecht, ongeacht hoe de totale welvaart vervolgens is verdeeld.²⁹ Hartlief verdedigt eenzelfde opvatting, toegespitst op het contractenrecht, waarin het gaat om de bescherming van vermogen en het verwezenlijken van individuele doelen. Een streven naar ongelijkheidscompensatie zou de contractsvrijheid geweld aan doen. Daarvoor is er publiekrecht en belastingrecht.³⁰

Eerlijke verdeling van welvaart als doel van privaatrecht lijkt metterdaad een te ambitieuze en te algemene doelstelling te zijn. Zoals ook de laureaat van deze bundel reeds opmerkte, is het niet eenvoudig te rechtvaardigen dat de één – de rijke slager, de arme visboer of de modale klant – jegens de ander in een incidentele rechtsverhouding zich een opoffering moet getroosten voor de

26 R. Dworkin, 'Liberalism', in: S. Hampshire (ed), *Public and Private Morality*, Cambridge: Cambridge University Press 1978, p. 113, 131-134.

27 J. Rawls, 'The basic structure as subject', in: A.I. Goldman en J. Kim (eds), *Values and Morals*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company Inc. 1978, p. 47-71, 65.

28 Rawls 1978, p. 65.

29 A. van Oven, *Aere Perennius, over de vergankelijkheid van het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 20-21. In dezelfde zin C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973, p. 5 en 18.

30 F.A.J. Gras, 'Privaatrecht en problematische schulden; de nieuwe gerechtigheidsgedachte in het burgerlijk vermogensrecht', *RMThemis* 1991, p. 442; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 5-10 en T. Hartlief, 'Autonomie en Solidariteit: bewegingen in het verbintenis-senrecht', *WPNR* 2004/6564, p. 106-116.

kansen die de ander of zijn voorvaderen zijn onthouden of door hen zijn gemist.³¹

Toch zijn er verschillende auteurs die openstaan voor de maatschappelijke functie van het vermogensrecht.³² Er zijn bovendien specifieke privaatrechtelijke instrumenten die iets kunnen betekenen voor het bestrijden van armoede of het behoeden van burgers voor een armoedeval. Het gaat daarbij in de eerste plaats om concrete regels die in een privaatrechtelijke context worden afgedwongen, op essentiële onderdelen van het maatschappelijk bestaan. Zo kennen wij op het terrein van werken en wonen regels over het minimumloon of de maximale huurprijs.³³ Een te laag loon of te hoge huurprijs kan worden geconverteerd in een juist bedrag.³⁴ Daarbij dient het privaatrecht er niet toe om welvaart te verdelen tussen werkgevers en werknemers of huurders en verhuurders, maar om burgers toegang te bieden tot een behoorlijk inkomen³⁵ of een dak boven het hoofd.³⁶ Maar

31 Snijders 1997, p. 266. Dit probleem is ook onderkend door degenen die open staan voor een socialere rol van het burgerlijk recht. Zie: W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M. Hesselink & C.E. du Perron (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Bju 2003, p. 284-285 en M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid', in: C.J.M. Klaasen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 21.

32 G.E. Langemeijer & E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 44-49; N.J.H. Huls, *Make my day: Een rechtssociologische herwaardering van faillissementswaarden* (oratie Leiden), 11 september 1998; N.J.H. Huls, 'Sterke argumenten om zwakke contractspartijen te beschermen', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 1999, p. 395-405; J.H. Nieuwenhuis, 'Ambitieuze aansprakelijkheidsrecht', in: Van den Bergh e.a. (red.), *Aansprakelijkheid: Gronden en Grenzen*, Leiden: Grotius Academie 2001, p. 41-52; W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M. Hesselink & C.E. du Perron (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Bju 2003, p. 270-272; N.J.H. Huls, 'Al het privaatrecht moet sociaal zijn!', *WPNR* 2004/6564, p. 101-106 en M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid', in: C.J.M. Klaasen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

33 Zie over zulke regels: A.T. Kronman, 'Contract law and Distributive Justice', *The Yale Law Journal* 1980/3, p. 472-474, 499-501 en 509-511.

34 Op grond van art. 19 WML zijn lonen lager dan het minimumloon nietig. Art. 7:249 BW biedt huurders van woonruimte de mogelijkheid een redelijke huurprijs te laten vaststellen door de huurcommissie, indien zij, gezien de kwaliteit van de gehuurde woning, te veel betalen.

35 P.F. van der Heijden & F.M. Noorman, 'De waarde(n) van het sociaal recht: Over beginselen van sociale rechtsvorming', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, W.E.J. Tjeenk Willink: Kluwer 2001, p. 79-85 kwalificeerden 'bestaanszekerheid' als een van basiswaarden van het arbeidsovereenkomstenrecht. Zie ook: G.J.J. Heerma Voss, *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere Overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 10 en S. Deakin, 'Contracts and Capabilities', in: A. Ogus & W.H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, p. 141-142.

36 Zie hierover: A.M. Kloosterman e.a., *Hoofdpijnen in het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 1.1. en 1.4.

zijn er ook algemene regels die uiting geven of kunnen geven aan de noodzaak om medeburgers te behoeden voor een armoedeval?

In de volgende paragrafen houden wij enkele privaatrechtelijke instrumenten tegen het licht die potentieel kunnen bijdragen aan de bescherming tegen de armoedeval. Als eerste het – Belgische – verbod van onderscheid naar vermogen, dat uitdrukkelijk is gericht op de toegang tot essentiële goederen en diensten. Vervolgens bespreken wij enkele meer algemene instrumenten van Nederlandse privaatrecht die samenkomen in de verschillende Dexia-arresten. Ten slotte komen we terug bij de rechterlijke matigingsbevoegdheid.

4. Onderscheid naar vermogen

Indien het erom gaat burgers toegang tot bepaalde goederen en diensten te verschaffen in een privaatrechtelijke context, dan is een verbod van onderscheid naar vermogen het verst strekkende instrument.

De Belgische federale wetgever heeft zich gezet aan een verbod van onderscheid naar vermogen in een privaatrechtelijke context, bij het leveren van goederen en diensten (art. 3 en 5 Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie).³⁷ De parlementaire initiatiefnemers wisten zich geïnspireerd door art. 21 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000/C 364/01) dat elke discriminatie naar vermogen verbiedt. Ook art. 14 EVRM bood houvast, nu daarin is bepaald dat bij het garanderen van het genot van de in het EVRM vermelde rechten en vrijheden geen ongeoorloofd onderscheid mag worden gemaakt en ‘vermogen’ vormt een van de discriminatiegronden. De initiatiefnemers beoogden mensen te beschermen tegen onderscheid op grond van persoonlijke eigenschappen die niet ter vrije keuze zijn. De Belgische regering diende een amendement in om de discriminatiegrond ‘vermogen’ uit het initiatiefwetsvoorstel te schrappen. De regering voerde hiervoor twee redenen aan:

‘De regering stelt verder ook voor de discriminatiegrond ‘vermogen’ te schrappen vermits haar niet duidelijk is in hoeverre deze kwalificatie verband kan houden met de eigenheid van een individu, noch aan welke maatschappelijke noodzaak dit tegemoet zou komen.’³⁸

Het verzet van de regering was tevergeefs. Gedurende het wetgevingsproces werd ‘vermogen’ ingewisseld voor ‘fortuin’, om uiteindelijk toch terug te keren in de wet

³⁷ Over de introductie van het verbod van onderscheid naar vermogen eerder A.G. Castermans, ‘Onderscheid naar vermogen’, *NTBR* 2014, p. 1-2 en A.G. Castermans, ‘De Zwarte Madonna, Cour d’Appel de Mons 16 mei 2013, concurring’, in: N.M. Blokker e.a. (red.), *Vijftig. Juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: BJu 2014, p. 79-83.

³⁸ *Kamerstukken I* 2001-2002, 2-12/6 (amendement nr. 6), p. 3.

die in 2007 werd ingevoerd. Aldus wordt de categorische uitsluiting van armen verboden.

Zo kwam het dat de rechtbank Namen op vordering van de voorganger van het Belgische Interfederaal Gelijkekansencentrum een verhuurder op zijn vingers tikte, omdat hij in zijn advertenties als eis stelde dat een kandidaat-huurder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had met een bepaald minimuminkomen.³⁹

Voor zover wij zien, is deze uitspraak de enige waarin verboden onderscheid naar vermogen is aangenomen. De impact van de wet lijkt beperkt. De wet verplicht niet tot contracteren met bepaalde partijen of tot het vaststellen van een bepaalde prijs. Economische ongelijkheid is en blijft een algemeen aanvaard kenmerk van een kapitalistische samenleving.⁴⁰ Het verbod beoogt niet afbreuk te doen aan de contractsvrijheid.⁴¹ De Rechtbank Luik zag daarom in haar uitspraak van 6 mei 2014 door de vingers dat verhuurders niet in zee gingen met een kandidaat-huurder om redenen van financieel onvermogen.⁴² De verhuurders zochten huurders die kapitaalkrachtig genoeg zouden zijn om de huur te betalen en namen daarbij de verhouding tussen het inkomen van de huurder en de huurprijs in overweging. Zij weigerden huurders die waren aangewezen op sociale voorzieningen of werkloosheidsuitkeringen. Dit onderscheid is volgens de rechtbank objectief gerechtvaardigd. De zoektocht naar een kredietwaardige huurder is

39 Tribunal de première instance de Namur du 5 mai 2015, te vinden op www.armoedebestrijding.be/recht_besl_civ_namur_20150505.pdf, geraadpleegd op 1 maart 2016.

40 E. Brems, 'Nieuwe discriminatiegronden in de Wet Bestrijding Discriminatie', in: M. De Vos & E. Brems (red.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 63. In huuradvertenties zijn referenties aan 'vast inkomen' of 'geen uitkeringstrekker' dan ook strijk en zet; N. Bernard, 'Les lois anti-discrimination et le secteur du logement (privé et social)', in: C. Bayart e.a. (eds): *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge: die Keure/Bruxelles: la Charte 2008, p. 803: 'On a vu ainsi fleurir des annonces locatives (publiées dans les médias grand public tels que Vlan ou Immoweb) annonçant froidement <CPAS s'abstenir> ou encore <personne avec emploi fixe> seulement'. I. Aendenboom, 'De Europese anti-discriminatie richtlijn en haar omzetting in de Belgische wetgeving. De beschermde criteria vermogen en sociale afkomst', in: *Armoede, Waardigheid en Mensenrechten* 2008, p. 94 ziet de regeling niettemin als 'een goed instrument om onderhandelingen op te starten en tot een oplossing te komen'.

41 In deze zin M. Dambre, 'De Wet Bestrijding Discriminatie en het huurrecht', in: M. de Vos & E. Brems (red.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 334-335. A. De Boeck, 'De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht, de contractsvrijheid in het nauw gedreven', in: UFSIA (red.), *Vrijheid en Gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen: Maklu 2003 wijst op het belang van het 'intuitu personae' karakter van overeenkomsten, p. 426.

42 Te vinden op: www.armoedebestrijding.be/recht_besl_civ_liege_20140506.pdf, geraadpleegd op 1 maart 2016.

immers een wettig doel en de poging op een objectieve manier de solvabiliteit van kandidaat-huurders in te schatten, is klaarblijkelijk noodzakelijk en passend.

Het verbod van onderscheid naar vermogen zoals het is geregeld in België garandeert dus geen rechtstreekse toegang tot essentiële goederen en diensten. Hooguit beperkt het de leverancier in zijn motivering van een afwijzing of, positief geformuleerd, prikkelt het hem de grenzen van zijn potentiële klantenkring ruimhartiger te trekken.

Bieden algemene instrumenten van Nederlandse privaatrecht meer soelaas?

5. De arme cliënt

Zorgen om de vermogenspositie van particuliere partijen liggen voor de hand in de rechtsverhouding tussen financiële instellingen en hun cliënten, zeker sinds complexe, risicovolle financiële producten binnen handbereik kwamen van arge-loze beleggers die geld leenden in de hoop en verwachting dat koersstijging en dividend de rente en aflossing zouden overtreffen. Zo gebeurde het dat De Treek – 46 jaar oud, zonder diploma, zonder stabiel arbeidsverleden, met een bijstandsuitkering van netto *f* 1.295,03 per maand, waarvan 10% werd ingehouden wegens schulden waarvoor beslag was gelegd – van Dexia een certificaat kocht voor € 2.127,62. Hij behoefde de koopprijs niet meteen te betalen. Hij leasete het certificaat en betaalde daarvoor € 3.317,74, uitgesmeerd over 240 maanden, en dat is dan maar € 22,69 per maand. Maar dit bedrag kwam bovenop de prijs van het certificaat. Het ging mis met de betaling van het bedrag en de bank maakte aanspraak op het volle bedrag in één keer. Weliswaar was het certificaat meer waard dan de aanschafprijs, maar toch diende De Treek in één keer € 1.431,07 te betalen. Dexia vorderde in rechte betaling. De zaak kwam voor de Hoge Raad.⁴³

De schijnwerper wordt gericht op de zorgplicht van de bank. Hoe had zij het zover kunnen laten komen? Maar ook de arme belegger kwam onder de loep. Had hij niet beter moeten uitkijken? In de procedure komen verschillende leerstukken aan bod: de zorgplicht van de bank, het *causale* verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade en de eigen schuld van de cliënt.

In het kader van de zorgplicht is er geen aandacht voor de vermogenspositie van De Treek. In de inleidende overwegingen van het Dexia-arrest leren wij Dexia kennen als de rechtsopvolger van de naamloze vennootschap Bank Labouchere N.V., die ook handelde onder de naam Legio-Lease. Een introductie van De Treek en zijn vermogenspositie – kenbaar uit het bestreden arrest van het Hof Arnhem – blijft uit. De Hoge Raad refereert niet aan wat het Hof ter zake heeft vastgesteld. Hij doet dat evenmin in de inleidende overwegingen over de zorgplicht:

⁴³ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (*De Treek/Dexia*), m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184 (*GeSp/Aegon*).

‘Op Dexia rust als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens De Treek als particuliere belegger met wie zij een KoersExtra-overeenkomst zal aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als KoersExtra-overeenkomst te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's’ (r.o. 4.8.4).

Als de zorgplicht wordt toegespitst op de onderzoeks- en adviesplicht van de financiële instelling in verband met het inkomen en het vermogen van de cliënt, wordt weliswaar verwezen naar de vermogenspositie van De Treek, maar slechts als object van onderzoek. Het gaat om de vraag of De Treek over voldoende bestedingsruimte beschikte om naar redelijke verwachting aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen (r.o. 4.11.4), maar de nadruk ligt bij de zorgen over het nakomen van eigen verplichtingen en niet bij het voorkomen van een armoedeval als zodanig. De waarschuwplicht en de onderzoeksplicht ter zake van de vermogenspositie strekt er niet toe om een armoedeval te voorkomen, maar om:

‘particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en vloeit voort uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid de aanbieder van effectenleaseproducten als de onderhavige in de gegeven omstandigheden verplichten’ (r.o. 4.11.5).

Uit een latere, algemeen geformuleerde overweging blijkt waarom:

‘De waarschuwplicht met betrekking tot het restschuld risico en de verplichting inlichtingen in te winnen omtrent inkomen en vermogen van de potentiële particuliere afnemer hebben een algemeen karakter, dat in belangrijke mate is verbonden met de risicovolle aard van het effectenlease-product dat aan een breed publiek is aangeboden, en zijn niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer’ (r.o. 5.2.1).⁴⁴

De zorgplicht bij het aanbieden aan een breed publiek geldt dan ook niet alleen tegenover armlastige cliënten, maar ook tegenover degene die de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst redelijkerwijze zou kunnen dragen, zij het dat een

⁴⁴ De Hoge Raad herhaalt dit uitgangspunt in HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia), m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2013/41, r.o. 4.3.5.

kwetsbare vermogenspositie van de cliënt wel meebrengt dat de bank moet adviseren de overeenkomst niet aan te gaan (r.o. 5.2.2).

De Hoge Raad lijkt niettemin te hechten aan één van de beginselen die aan het contractenrecht ten grondslag ligt, het autonomiebeginsel. In de kern gaat het hem erom dat de besluitvorming van de cliënt niet mag worden gehinderd door lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, deskundigheid en ervaring. Daarop is de zorgplicht gericht. Het komt erop neer dat de cliënt er uiteindelijk gefundeerd moet kunnen kiezen voor het risico van een armoedeval. De financiële instelling behoeft niet aan zo'n keuze in de weg te gaan staan:

‘De uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht van Dexia gaat niet zo ver dat reeds bij het verzuim te adviseren van de overeenkomst af te zien op haar de plicht zou rusten – steeds of in beginsel – te weigeren de overeenkomst met (een wederpartij als) De Treek aan te gaan. Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid’ (r.o. 4.12.2).

De vermogenspositie van een cliënt als De Treek komt wel aan de orde als de vraag rijst of er een causaal verband bestaat tussen het schenden van de zorgplicht en het aangaan van de overeenkomst. Stel dat de bank aan zijn zorgplicht had voldaan, zou De Treek dan toch het risicovolle product hebben geleased? Volgens de regels van het bewijsrecht zou hij moeten stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting moeten bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van de zorgplicht. De Hoge Raad komt de armlastige cliënt tegemoet door uit te gaan van het bestaan van causaal verband:

‘Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat – behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel – ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten’ (r.o. 5.5.2).

Om vervolgens de schade van die armlastige cliënt niet alleen te begroten op de zogenaamde restschuld, maar in beginsel ook op een deel van de al betaalde rente en aflossing (r.o. 5.6.3).

De precare vermogenspositie van bijstandsgerechtigde De Treek speelde dus uiteindelijk wél een rol, op verschillende wijzen, zij het pas bij de gevolgen van de schending van de zorgplicht door Dexia. Wij vragen ons af of het onderscheid onvermijdelijk is. Wij zouden menen van niet.

Ten eerste zal het financiële instellingen niet onverschillig laten of ze te maken hebben met iemand met of zonder brede financiële schouders, nu de gevolgen van schending van de zorgplicht ervan afhankelijk zijn. Ten tweede zal het in de gedigitaliseerde contacten toch niet érg ingewikkeld of belastend zijn met de vermogenspositie rekening te houden, althans als we te maken hebben met een cliënt die armlastig is omdat hij voor zijn inkomen is aangewezen op de bijstand en niet omdat zijn vermogenspositie is verscholen achter *panama papers*.

Ten derde – en dat is belangrijker – bleek na het arrest *De Treek/Dexia* dat de civiele rechter de nodige ruimte heeft te onderzoeken welke omstandigheden van belang zijn voor de reikwijdte van de zorgplicht in concreto, zonder zich te laten leiden door de specifieke kwalificatie van de overeenkomst. Zo wordt in een uitspraak de aard van de rechtsverhouding uitdrukkelijk in het midden gelaten:

‘Niet staat tussen partijen vast wat de inhoud van het contact was, behalve dat de bank X. informatie verstrekke over de mogelijkheden van dienstverlening bij zijn beleggingen. Evenmin staat vast wat zich verder tussen partijen afspeelde totdat X. op 14 juni 2000 een briefje aan Van Huffelen stuurde. Hij signaleerde daarin dat het contact ‘plotseling stilgevallen’ was en vroeg naar de reden daarvan’ (r.o. 3.1 onder iv).⁴⁵

In cassatie wordt duidelijk dat de Hoge Raad niettemin de vermogenspositie van de cliënt relevant acht bij de invulling van de zorgplicht, want hij licht ons daarover uitdrukkelijk in:

‘Naast het vermogen uit de verkoop van de winkel beschikte X. uitsluitend over een bescheiden lijffrente en een bescheiden WAO-uitkering. In 2000 bedroeg de totale hoogte daarvan ongeveer € 2.270 netto per maand. X. had zijn vermogen bestemd voor aanvulling van zijn inkomen, oudedagsvoorziening, ondersteuning van zijn zoon voor een eigen zaak en een nieuwe woning’ (r.o. 3.1. onder ii).

Vervolgens spreekt hij de zegen uit over het door het hof gehanteerde uitgangspunt:

‘Bij de behandeling van het middel [...] kan vooropgesteld worden dat het – terecht – geen klachten bevat tegen het hiervoor in 3.3.3 en 3.3.5 genoemde oordeel van het hof dat in dit geval op de bank een bijzondere zorgplicht jegens X. rustte als particuliere belegger [...] en dat onderdeel van die zorgplicht vormde dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moest doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van X. (zoals ook wordt voorgeschreven in het door X. ingeroepen ... art. 28 lid 1 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999) en dat zij hem diende te waarschuwen voor de bijzondere risico's die aan de handel in opties en futures zijn verbonden, en voor het feit dat de voorgenomen beleggingsstrategie niet paste bij zijn

⁴⁵ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95.

financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid' (r.o. 3.4).⁴⁶

Zo lijkt duidelijk dat de vermogenspositie van de cliënt wel degelijk relevant kan zijn voor de reikwijdte van de zorgplicht, zelfs ongeacht de kwalificatie van de overeenkomst. Toch is het belang van die kwalificatie niet van tafel. In een later arrest maakt de Hoge Raad wel onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin de cliënt van een financiële dienstverlener vraagt om een op zijn specifieke situatie toegesneden advies over de wijziging van hypothecaire leningsvoorwaarden in combinatie met effectenlease-producten, en anderzijds het geval van *De Treek* waarin een standaardproduct breed wordt aangeboden zonder concreet cliëntcontact. In de eerste situatie mag een hogere graad van dienstverlening worden verwacht dan in het geval van *De Treek*. Als er een adviesrelatie is, neemt de Hoge Raad bij de presentatie van de feiten de inkomenspositie van de cliënt wél mee (r.o. 3.1.ii) en overweegt hij:

'In een zodanige situatie rust op de dienstverlener een bijzondere zorgplicht, die onder meer behelst dat zij naar behoren onderzoek doet naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem beoogde of toegepaste constructie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze plicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid' (r.o. 3.4.2).

De waarschuwingsplicht ziet dan dus – anders dan in *De Treek/Dexia* – ook op de individuele vermogenspositie van de cliënt. En omdat deze cliënt met het advies in de hand

*'minder snel bedacht hoeft te zijn op en zich minder snel eigener beweging behoeft te verdiepen in niet vermelde risico's dan degene die zich wendt tot een aanbieder van een effectenlease-product als bedoeld in het arrest *De Treek/Dexia*'*

tikt de vermogenspositie ook door in de causaliteitsafweging in het kader van eigen schuld op de voet van art. 6:101 BW (r.o. 3.4.2).

Vanuit het perspectief van de vraag of het burgerlijk recht iets kan betekenen voor het bestrijden van armoede of het voorkomen van een armoedeval, hebben wij te maken met een gemiste kans. De armere cliënt zal het in de regel moeten hebben van die breed uitgezette standaardproducten. Er zal voor deze cliënt niet snel een

⁴⁶ De Hoge Raad verwijst naar HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660; HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103 en HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251. Vgl. bijv. Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5418, NJF 2016/97, r.o. 3.3.

aanleiding zijn advies te vragen over de specifieke situatie. Een op de vermogenspositie toegesneden zorgplicht lijkt pas te ontstaan als de cliënt ook werkelijk wat te vragen en – dus – als de cliënt wat te makken heeft of had. Zo werkt het, zoals Anatole France schreef, ‘devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain’.⁴⁷

Het burgerlijk recht kan wat betekenen in de strijd tegen armoede, maar dat vraagt een perspectiefwisseling, onder meer ten aanzien van financiële dienstverlening en standaardproducten. De rechtsontwikkeling zou niet alleen moeten zijn gericht op de bescherming van de procedurele autonomie – tegen lichtzinnigheid en ondeskundigheid bij de rechtshandeling – maar ook op de bescherming tegen een dreigende armoedeval.

6. De matigingsbevoegdheid

Dat brengt ons terug bij art. 6:109 BW. Wanneer het toekennen van volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen leidt, kan de rechter overgaan tot matiging. Er moet daarbij rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de draagkracht van zowel de schuldenaar als de schuldeiser. Zoals bleek, dient deze bepaling niet om, ten koste van zijn schuldeiser, de vermogenspositie van armlastige slachtoffers te beschermen. De wetgever stond voor ogen dat met beider draagkracht rekening zou worden gehouden. Wordt deze afweging in de praktijk ook gemaakt?

Een schoolvoorbeeld is de zaak van Van den Boom die als onderaannemer was belast met het toezicht op de werkzaamheden op de A12. Hij had nagelaten de waarschuwingsborden aan te zetten, als gevolg waarvan een vrachtwagenchauffeur op één van de werkauto's botste en overleed. De verzekeraar van de vrachtwagenchauffeur, Nationale Nederlanden, vergoedde de schade van de nabestaanden en zocht vervolgens verhaal op Van den Boom. Het Hof overwoog dat onderaannemers als Van den Boom in de regel niet verzekerd zijn voor de schade zoals in dit geval was geleden. Verder overwoog het Hof dat, wanneer de schade werd betaald door Nationale Nederlanden, de kosten zouden worden gedragen door het collectief van verzekerden. Wanneer de kosten echter bij Van den Boom zouden worden neergelegd, zou zijn gehele opgebouwde spaartegoed en dat van zijn vrouw verloren gaan. Daarom matigde het Hof de schadevergoedingsplicht van ruim € 35.000 naar € 20.000.⁴⁸

⁴⁷ A. France, *Le Lys rouge*, Parijs: Calmann-Lévy 1925, p. 117-118.

⁴⁸ Hof 's-Gravenhage 7 juni 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:BA1320, VR 2007/40. Het hof nam op de koop toe dat niet was uitgesloten dat Van den Boom regres had op andere aansprakelijke partijen.

In andere gevallen gaan lagere rechters bepaald slordig om met de opdracht rekening te houden met de draagkracht van *beide* partijen. Een arts verkrachtte een zwangere patiënte. De aanspraak op schadevergoeding van het slachtoffer werd gematigd vanwege de slechte financiële situatie waarin de arts verkeerde. De rechtbank overwoog dat:⁴⁹

'[...] het gezinsinkomen in de jaren na augustus 1987 zeer bescheiden is geweest en dat hij er nog steeds niet in geslaagd is een vaste werkkring te vinden. Gedaagde heeft verklaard dat het voor hem erg moeilijk is om in Nederland werk te vinden zolang nog geen einde is gekomen aan de strafzaak en de tuchtzaak en dat ook het vinden van werk in het buitenland niet gemakkelijk is. Dit alles komt niet onaan-nemelijk voor en daarmee dient dan ook rekening te worden gehouden'.

De rechtbank schonk geen enkele aandacht aan de vermogenspositie van de verkrachte patiënte. Daarmee is het vonnis geen unicum. Er zijn meer uitspraken waarin de draagkracht van alleen de dader een rol speelt in de motivering van de matiging.⁵⁰ Een slachtoffer van huiselijk geweld moest genoeg nemen met een gematigde schadevergoeding vanwege het financiële onvermogen van haar ex-man, zonder dat haar financiële positie in het oordeel werd betrokken.⁵¹ Een mishandeld meisje overkwam hetzelfde. Zij was net als de dader woonachtig in een AZC. De dader kon het schadebedrag niet volledig voldoen, aangezien hij bij gebreke van een verblijfsstatus geen inkomsten kon verwerven. De rechter wijdt geen woord aan de vraag hoe warm het slachtoffer er zelf bij zat; klaarblijkelijk deed dat er niet toe.⁵²

Het beroep op matiging wegens de geringe draagkracht van de dader is ook in veel gevallen afgewezen. In deze geschillen wees de rechter het beroep eerst en vooral af vanwege de ernst van het begane feit. Opnieuw werd de vermogenspositie van de slachtoffers niet uitdrukkelijk in de overweging betrokken.⁵³ Ook

49 Rb. Amsterdam 16 mei 1990, ECLI:NL:RBAMS:1990:AL773, VR 1991/69, r.o. 4.

50 Rb. Haarlem 4 mei 1993, *Nemesis* 1993/348, r.o. 5.10; Rb. Almelo 12 januari 1994, *Nemesis* 1995/530, r.o. 8; Rb. Middelburg 1 maart 1995, *Nemesis* 1995/532, r.o. 4.4; Hof Amsterdam 13 april 1995, *Nemesis* 1996/576, r.o. 4.16 en Rb. 's-Hertogenbosch 4 april 1997, *Nemesis* 1998/1019, r.o. 2.8.

51 Hof Amsterdam 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6571, r.o. 4.8. Vergelijkbaar: Rb. 's-Gravenhage 1 april 1998, *Prg.* 1998, p. 425; Rb. Zutphen 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ0583, r.o. 3.6 en Rb. Haarlem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM8554, r.o. 4.

52 Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9617, r.o. 4.12.

53 Seksueel misbruik: Rb. Utrecht 5 februari 1992, ECLI:NL:RBUTR:1992:AB9047, VR 1992/134, r.o. 4.9 en Hof Arnhem 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:Al1976, *NJ* 2003/500, r.o. 4.15. Mishandeling: Hof 's-Gravenhage 12 februari 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:AL8877, VR 1998/68, r.o. 14.2 en Rb. Zwolle 18 maart 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:Al9722, *Prg.* 1998/4991, r.o. 3.5. Een heel ander geval betrof Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:657, r.o. 4.55.

is met enige regelmaat overwogen dat het enkele financiële onvermogen van een schuldenaar onvoldoende gewicht in de schaal legt om schadevergoeding te matigen, maar ook in deze gevallen werd niet stilgestaan bij de vermogenspositie van de schuldeiser.⁵⁴

In andere zaken is wel degelijk óók de draagkracht van de schuldeiser in het oordeel van de rechter betrokken.⁵⁵ Rechtbank Haarlem leek zich bijvoorbeeld goed bewust van het belang van de draagkracht van de schuldeiser, een gesubrogeerde verzekeraar, bij de beoordeling van een matigingsverzoek voor de schadevergoeding die een jongeman was verschuldigd vanwege opzettelijke brandstichting.⁵⁶

‘De wederzijdse draagkracht en de verhouding van [gedaagde] tot de gesubrogeerde brandverzekeraars geven wel aanleiding tot matiging. [gedaagde] heeft onweersproken gesteld dat hij als gevolg van de detentie zijn opleiding niet heeft afgemaakt en dat hij, nadat hij vrijkwam onmiddellijk aan de slag is gegaan als betonvlechter en dat hij ongeveer EUR 200,- per week netto verdient.’

Ook de Rechtbank Amsterdam matigde een schadevergoeding uit wanprestatie – de prestatie tot het schuren en lakken van een houten vloer was gebrekkig nagekomen – van ruim € 6.000 tot nihil. De rechtbank nam in haar beoordeling niet alleen mee dat de schuldenaar arbeidsongeschikt was en slechts geringe inkomsten uit een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving, maar ook dat de schuldeiser een professionele partij was die zich bovendien tegen de schade had kunnen verzekeren.⁵⁷

De verkenning van de toepassing van art. 6:109 BW laat dus een wisselend beeld zien. In bepaalde gevallen wordt duidelijk een afweging gemaakt tussen de draagkracht van de schuldenaar en de schuldeiser, zoals de wetgever het uiteindelijk voor ogen stond. In andere gevallen is uitsluitend het financieel onvermogen

54 M.b.t. mishandelingen: Rb. Amsterdam 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ7581, VR 2010/89, r.o. 2.12 en Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2269, r.o. 15.15.2. In andere gevallen: Rb. Utrecht 9 januari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC1295, *S&S* 2009/124, r.o. 4.45 en Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4448, r.o. 4.22.

55 Rb. Arnhem 20 februari 1997, *Nemesis* 1997/755; Rb. Amsterdam 25 november 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL5243, r.o. 4.19-4.21 en Hof Amsterdam 23 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9488, r.o. 3.21. Ook in Rb. Arnhem 6 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9358, r.o. 4.22 wordt de draagkracht van het slachtoffer expliciet meegewogen: ‘Aannemelijk is dat ook [eiser] niet over grote draagkracht beschikt, terwijl de schade van [eiser] het gevolg is van een ernstige mishandeling door [gedaagde]. Het beroep op matiging wordt dus verworpen.’

56 Rb. Haarlem 26 september 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BD5747, r.o. 4.19. Dit vonnis wordt in appel vernietigd, omdat de rechter onvoldoende rekening had gehouden met het feit dat er sprake was van opzet.

57 Rb. Amsterdam 7 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7527, r.o. 17. Een vergelijkbare overweging: Rb. Leeuwarden 26 november 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AR7136, *S&S* 2004/112, r.o. 7.

van de schuldenaar, veelal een veroordeelde van een gewelds- of zedendelict, doorslaggevend om tot matiging over te gaan. Deze afwijkende toepassing neigt veel meer naar de oorspronkelijke gedachte van het ontwerp-Meijers: aansprakelijkheid moet de schuldenaar niet zijn bestaansmogelijkheden volledig ontnemen. Ook de verschillende malen aangenomen uitzondering voor het geval de schade door opzet of grove roekeloosheid van de schuldeiser is veroorzaakt – past in de opzet van het ontwerp-Meijers.

Het gaat bij de afwijkende toepassing niet om ongelijkheidscompensatie, maar om bescherming tegen armoede ten koste van schuldeisers. Vanuit het perspectief van armoedebestrijding is deze toepassing van art. 6:109 BW verdedigbaar. Sinds de invoering van de Algemene Bijstandswet is de sociaaleconomische situatie in Nederland veranderd. De verwachting dat de rechter nooit zou toekomen aan het gebruik van de matigingsbevoegdheid, omdat het niet langer zo kon zijn dat aansprakelijkheid de grondslag aan iemands economische bestaan volledig zou kunnen ontnemen, is gewoonweg niet uitgekomen.

De eventuele preciaire vermogenspositie van het slachtoffer blijft buiten beeld. Door matiging van de vordering mist het slachtoffer de ruimere financiële verlichting op termijn, als de dader in betere doen zou raken. Indien evenwel geen uitzicht bestaat op betere tijden voor de dader, doet matiging *feitelijk* geen afbreuk aan de positie van het slachtoffer, hoe wrang dit ook klinkt.

7. Afronding

Maar waar hebben we dan nog het insolventierecht voor? Hét systeem om crediteurs het hunne te geven en te voorkomen dat de debiteur door het ijs zakt zonder dit voor rekening te brengen van een willekeurige crediteur, is gelegen in het insolventierecht. Dat gaat er enerzijds van uit dat het gehele vermogen van een debiteur tot verhaal dient.⁵⁸ Anderzijds moet een deel van het inkomen en vermogen worden gevrijwaard van beslag en executie, om het leven van alle dag niet onmogelijk te maken.⁵⁹ Deze

⁵⁸ Art. 3:276 BW en art. 20 Fw. Volgens W. Snijders 2003, m.n. p. 279-281, wordt binnen het huidige insolventierecht al rekening gehouden met sociale doelstellingen en het algemeen belang. Zo wijst hij (p. 282-284) op het voorrecht van de fiscus bij faillissement. Dit voorrecht is ingegeven door het idee dat eerst belastingsschulden voldaan behoren te worden, omdat daarmee het algemeen belang, bijv. de financiering van de gezondheidszorg en het onderwijs, is gediend. Kritisch: J.H. Nieuwenhuis, *Het vierspan*, Zutphen: Paris 2013, p. 105 e.v.

⁵⁹ Art. 447 e.v.; 475a e.v. Rv, art. 21 en 295 Fw. Zie: MvT, Algemene regeling van beslag op loon, sociale uitkeringen en andere periodieke betalingen, *Kamerstukken II* 1986-1987, 17 897, nr. 5, p. 4: 'Hij kan slechts zekere grenzen stellen aan de gevolgen van beslag opdat een schuldenaar tijdens het beslag in zijn eerste levensbehoeften kan blijven voorzien.' Zie hierover: J.J.H. Rutten e.a., 'De grenzen van het verhaalsrecht', in: M. Cazemier e.a. (red.), *Herziening van het beslagverbod roerende zaken: een achterhaalde regeling bij de tijd gebracht*, Den Haag: KBvG 2012,

bescherming valt alle debiteuren ten deel, wat hun kansen op herstel van de vermogenspositie ook zijn.⁶⁰

In de praktijk komt het echter niet altijd van die bescherming.⁶¹ Bovendien is de lijst van zaken die niet voor beslag vatbaar zijn, nogal gedateerd.⁶² Voedsel voor een maand wordt beschermd, maar de koelkast waarin het voedsel is opgeborgen, mag worden meegenomen. De laptop en mobiele telefoon – essentieel in het huidige dagelijkse leven – moeten eveneens worden ingeleverd.⁶³ De emeritus Huls heeft tot op zijn Leidse afscheidscollege op 15 april 2016 gewerkt aan het verbeteren van de afwikkeling van schulden. Hij heeft dat gedaan niet vanuit een soort zedelijk besef van barmhartigheid, maar wel met verwijzing naar studies die aantonen dat crediteuren en debiteur beter af zijn met een billijke aanpak van het schuldenprobleem van de debiteur.

In het besef dat het vermogensrecht van vandaag ook doortrokken is van de bescherming van publieke belangen en dat daaronder wat ons betreft ook de bestrijding van armoede en het voorkomen van een armoedeval kunnen worden verstaan, is er heel wat voor te zeggen al in individuele rechtsverhoudingen rekening te houden met armoede van de schuldenaar, zoals nu al wordt rekening gehouden met zijn lichtzinnigheid en ondeskundigheid.

De vraag is hoe. Het antwoord daarop vergt dat algemene leerstukken van vermogensrecht uitdrukkelijk vanuit het perspectief van de wenselijkheid van armoedebestrijding worden bestudeerd. Dan blijkt dat de eventueel povere vermogenspositie van de debiteur al een rol speelt. In de rechtsverhouding tussen bank en cliënt zou het perspectief wat ons betreft pregnanter tot uitdrukking kunnen komen, ook al bij het formuleren van de zorgplicht ten behoeve van afnemers van aan een breed publiek aangeboden standaardproducten. Bij matiging houdt dat een terugkeer in naar de uitgangspunten van Meijers, wat de door Henk Snijders als flinterdun geduide basis voor matiging zou verstevigen.

p. 172-173 en A. Stehouwer e.a., *Met voeten getreden: schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders*, Rapport van de Nationale Ombudsman 2 november 2013, nr. 2013/150 (geraadpleegd op 20 april 2016 via: www.nationaleombudsman.nl/).

60 MvT, Algemene regeling van beslag op loon, sociale uitkeringen en andere periodieke betalingen, *Kamerstukken II* 1986-1987, 17 897, nr. 5, p. 4: 'De mogelijkheden voor de laagste inkomensgroepen om te reserveren of om schulden af te lossen zijn nu eenmaal beperkter dan voor personen met hogere inkomens of voor gezinnen met verscheidene inkomensbronnen. Dat wordt na dit voorstel niet anders.' en: 'Wie weinig inkomsten boven de beslagvrije voet heeft, zal langer over de afbetaling doen. Dat kan de beslagregeling niet verhelpen [...].'

61 Stehouwer e.a. 2013.

62 Conclusie van A-G Biegman-Hartogh onder HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo283, *NJ* 1991/631, sub 3.4 en conclusie A-G Timmerman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5806, *RvdW* 2007/642.

63 Rutten e.a. 2012, p. 171-172.

Wie is de bezitter van de bijtende bouvier?

Over het bezit en medebezit in samenlevingsverbanden.

Clementine Breedveld-de Voogd¹

1. Aansprakelijkheidsrecht, goederenrecht en bewijsrecht

De leeropdracht van Henk Snijders luidt: Burgerlijk Recht en Burgerlijk Procesrecht. Deze combinatie heeft hem tot een buitengewone generalist gemaakt. Door zijn betrokkenheid bij de rechtspraak publiceert en doceert hij over de volle breedte van het privaatrecht. Wat het materiële recht betreft geniet het goederenrecht zijn bijzondere belangstelling. Het bewijsrecht heeft hem echter ook naar het aansprakelijkheidsrecht gevoerd.² Deze combinatie: aansprakelijkheidsrecht, goederenrecht en bewijsrecht staat centraal in deze bijdrage aan dit vriendenboek. De aanleiding hiervoor wordt gevormd door twee arresten die de Hoge Raad heeft gewezen over de kwalitatieve aansprakelijkheid van de medebezitter tegenover een andere medebezitter: het *Hangmat*-arrest en het *Imagine*-arrest.³ In beide zaken spreekt de ene echtgenoot de andere echtgenoot aan in zijn kwaliteit van de bezitter van een opstal respectievelijk dier teneinde de geleden schade vergoed te krijgen van de aansprakelijkheidsverzekering. In de literatuur is veel aandacht besteed aan de relativiteitsvraag: strekt de betreffende aansprakelijkheidsnorm niet alleen ter bescherming van ‘derden’, maar ook ter bescherming van de medebezitter? Na de arresten van de Hoge Raad is voor de rechtspraak vooral een andere vraag van belang: wie kan in een huishouden als bezitter of medebezitter van een zaak of dier worden aangemerkt en welke bewijsregels spelen hier een rol?⁴

2. Hangmat en Imagine

Een man en een vrouw worden op 1 december 2004 gezamenlijk eigenaar van een huis. Zij zijn dan nog ongehuwd. Op 13 juli 2005 hangt de vrouw een hangmat op

¹ Prof. mr. C.G. Breedveld-de Voogd is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

² Zie bijv. Henk Snijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd. Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade’, *NJB* 2015, afl. 38, p. 2664-2672.

³ HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, *RvdW* 2016/222 (*Imagine*).

⁴ A.G. Castermans, ‘Imagine no insurance’, *Leiden Law Blog*, 8 februari 2016, <http://leidenlawblog.nl/articles/imagine-no-insurance> (online geraadpleegd, op 05 april 2016).

in de tuin aan een gemetselde pilaar. Wanneer zij eenmaal in de hangmat ligt, breekt de pilaar af en valt over haar heen. Zij loopt hierdoor ernstig letsel op. Door een hoge dwarslaesie zal zij haar armen en benen nooit meer kunnen gebruiken. Op 24 augustus 2005 treedt het paar in het ziekenhuis in het huwelijk. Teneinde haar schade vergoed te krijgen stelt de vrouw zowel de man als hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar, Achmea, aansprakelijk. Zij baseert haar vordering op de risicoaansprakelijkheid die rust op de bezitter van een opstal (art. 6:174 BW). Achmea en de man verweren zich tegen deze vordering met een beroep op het relativiteitsvereiste. Hun stelling is dat art. 6:174 BW niet strekt ter bescherming van degene die schade lijdt als gevolg van een gebrek waarvan hijzelf de (mede) bezitter is.

In een uitvoerig gemotiveerd arrest komt de Hoge Raad tot het oordeel dat art. 6:174 BW mede strekt ter bescherming van medebezitters.⁵ De gelaedeerde medebezitter kan de andere bezitter echter niet voor de gehele schade aansprakelijk houden. Een redelijke wetstoepassing brengt volgens de Hoge Raad mee dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de door hem geleden schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal, zodat hij op grond van art. 6:174 BW in zoverre geen aanspraak heeft op schadevergoeding jegens de andere medebezitter(s). In deze procedure is als vaststaand aangenomen dat de vrouw en de man elk voor 50% in de opstal gerechtigd waren. De Hoge Raad beslist daarom dat de man jegens de vrouw aansprakelijk is voor maximaal 50% van de schade.⁶

Naar aanleiding van dit arrest is in de literatuur uitgebreid gefilosofeerd over de vraag of ook voor de overige wetsartikelen, waarin een kwalitatieve aansprakelijkheid is neergelegd van de bezitter van een zaak of een dier, zou gelden dat deze zijn geschreven mede ter bescherming van een medebezitter.⁷ De Hoge Raad heeft deze vraag in het arrest *Imagine* ontkennend beantwoord met betrekking tot de medebezitter of medegebruiker van een dier (art. 6:179 resp. art. 6:181 BW).

5 Zie over dit arrest onder meer: T. Hartlief, 'In afwachting van de Franse slag', *NJB* 2011-1, p. 17-18; P.W. den Hollander, 'Risicoaansprakelijkheid voor opstallen, relativiteit en redelijkheid. Bespreking van HR 8 oktober 2010, LJN BM6095, *RvdW* 2010/1164 (*hangmat*)', *AV&S* 2011-1, p. 44-49; R.J.P. Kottenhagen, 'Het Hangmat-arrest (Verheijen Achmea-Van Oss). Een nieuwe route naar schadevergoeding', *NTBR* 2011-6, p. 246-253; M.F. Lameris, 'Relativiteit en medebezit', *PIV-bulletin* 2010-8, p. 1-9; F. Leopold, 'Kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitter', *TvVP* 2010-4, p. 107-113; R.D. Lubach, 'Opstalaansprakelijkheid tegenover de medebezitter: een nieuwe loot aan de stam van het aansprakelijkheidsrecht', *MvV* 2010-12, p. 317-320; F.T. Oldenhuis, 'De Hangmatzaak', *NJB* 2010-38, p. 2456-2460; C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (pre-adviezen NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 204-205; J.L. Smeehuijzen, 'Waarom het hangmatarrest onjuist is; over art. 6:174 BW als koekoeksjong in het contractenrecht', *VR* 2011-6, p. 165-170. Zie over de reacties op dit arrest: P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden 2016), par. 1.4 en 1.5.

6 r.o. 4.5.2. slot.

7 Zie de literatuur genoemd in noot 5.

De Hoge Raad beantwoordt in dit arrest de prejudiciële vragen die de rechtbank Noord-Holland aan hem heeft voorgelegd over het volgende geval. Het echtpaar MacDonald-Van Biezen exploiteert een manege in de vorm van een vennootschap onder firma. Zij zijn in gemeenschap van goederen gehuwd. De vrouw geeft de paardrijlessen aan de kinderen en de man aan de volwassenen. Aan het einde van een paardrijles aan drie kinderen slaat het paard 'Imagine' op hol en loopt mevrouw MacDonald-Van Biezen omver, die hierdoor haar heup breekt. Zij stelt haar man en de aansprakelijkheidsverzekeraar van de vennootschap, Delta Lloyd, aansprakelijk voor haar schade.

De Hoge Raad komt tot een andere uitkomst bij de afweging van de belangen van de benadeelde, van de bezitter en die van de aansprakelijkheidsverzekeraar dan in het *Hangmat*-arrest. De kern hiervoor is gelegen in het verschil in grondslag tussen de kwalitatieve aansprakelijkheid voor opstallen en die voor dieren.⁸ De Hoge Raad overweegt in dit verband:⁹

'r.o. 3.6.1. Grondslag voor de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:179 BW is dat de bezitter om hem moverende redenen – meestal economisch nut of eigen genoegen – het dier houdt, en daarmee voor derden gevaar schept in verband met de onberekenbare krachten die de eigen energie van het dier als levend wezen oplevert (vgl. T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 764). Deze grondslag wijkt af van die van art. 6:174 BW. Bij dieren berust de kwalitatieve aansprakelijkheid niet zozeer – zoals bij art. 6:174 BW – op een risicoverdeling ter bescherming van de benadeelde, maar vooral op de omstandigheid dat de bezitter tegenover anderen een risico in het leven roept. De (mede)verantwoordelijkheid van de medebezitter voor het gevaar speelt dus een aanzienlijk sterkere rol bij art. 6:179 BW dan bij art. 6:174 BW. De maatschappelijke wenselijkheid van bescherming van benadeelden tegen het gevaar dat een risico zich verwezenlijkt, geldt – anders dan bij art. 6:174 BW – bij art. 6:179 BW niet zonder meer ook voor de benadeelde medebezitter, nu deze medeverantwoordelijk is voor het scheppen of handhaven van dat risico.'

8 Zie voor een analyse van zowel het *Hangmat*-arrest en het *Imagine*-arrest: P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden 2016), par. 5.10.

9 Opvallend is dat de Hoge Raad in de eerste zin van deze rechtsoverweging op onjuiste wijze de Toelichting Meijers parafraseert. In deze toelichting staat letterlijk: 'Het ontwerp wijst als aansprakelijke persoon aan degene die het dier *onderhoudt* (curs. CGBdV). Hij is immers degene die om hem moverende redenen – meestal economisch nut of eigen genoegen – het dier *in leven houdt* (curs. CGBdV) en voor derden het gevaar schept van de onberekenbare krachten die de eigen energie van het dier als levend wezen oplevert.' Meijers refereerde dus niet aan het goederenrechtelijke begrip van het houderschap. In art. 6:3.11 Ontwerp-Meijers rustte de aansprakelijkheid dan ook niet op de bezitter van een dier, maar op 'degene die een dier onderhoudt'. Meijers koppelde de verantwoordelijkheid voor het dier dus aan het onderhouden, in leven houden van het dier. In dit licht lijkt het onjuist deze verantwoordelijkheid automatisch door te trekken naar de 'mede-bezitter' in goederenrechtelijke zin. In zoverre is de verwijzing door de Hoge Raad naar de Toelichting Meijers met de niet geadstrueerde wijziging van het woord 'onderhoudt' in het woord 'houdt' niet verantwoord.

Op grond van dezelfde argumenten wijst de Hoge Raad ook de aansprakelijkheid af uit hoofde van art. 6:181 BW jegens een bedrijfsmatige medegebruiker van het dier (r.o. 3.8-3.9).

Wanneer in een procedure kan worden aangenomen dat de benadeelde geen medebezitter is van de gebrekkige opstal zal hij de op grond van art. 6:174 BW de aansprakelijk gestelde partij(en) voor de gehele schade aansprakelijk kunnen stellen. Is de benadeelde zelf ook medebezitter, dan zal hij genoeg moeten nemen met vergoeding van een bepaald percentage van de schade. Ernstiger is de situatie wanneer de schade is veroorzaakt door een dier. In dat geval heeft de medebezitter volgens het *Imagine*-arrest geen recht op schadevergoeding. De benadeelde doet er derhalve goed aan te beargumenteren waarom aan de ander het volledige bezit van het dier toekomt.

Voordat ik inga op de materieelrechtelijke vraag wie in te onderscheiden samenlevingsverbanden als bezitter dan wel medebezitter kan worden aangemerkt, komt eerst aan de orde de vraag op wie de stelplicht en de bewijslast rust: de benadeelde of de aansprakelijk gestelde partijen. In de *Imagine*-zaak en in de *Hangmat*-zaak zijn zowel de echtgenoot c.q. partner gedagvaard als de aansprakelijkheidsverzekeraar. Tegen de partner/echtgenoot wordt een verklaring voor recht gevorderd dat deze aansprakelijk is. De verzekeraar wordt op grond van art. 7:954 BW rechtstreeks tot vergoeding van de schade aangesproken.¹⁰ Aangezien het op grond van art. 7:954 BW mogelijk is uitsluitend een vordering tegen de verzekeraar in te stellen en het in wezen steeds draait om diens betalingsverplichting, zal ik hierna de aansprakelijk gestelde partij(en) aanduiden als ‘de verzekeraar’.

3. Stelplicht, bewijslast en argumentatielast

De stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden, die ten grondslag liggen aan een kwalitatieve aansprakelijkheidsgrond, zoals art. 6:174 of art. 6:179 BW, rusten in beginsel op de eiser.¹¹ Dit volgt uit de hoofdregel van art. 150 Rv. De benadeelde zal dus onder meer omstandigheden en feiten moeten stellen en bewijzen waaruit volgt dat de ander bezitter is van de opstal respectievelijk bezitter is van het dier. De benadeelde wordt in zijn bewijslast tegemoetgekomen door enige wettelijke bewijsvermoedens. Wat betreft het bezit van een dier kan de benadeelde zich beroepen op het bezitsvermoeden van art. 3:109: ‘Wie een goed

¹⁰ De benadeelde kan ook de rechtsvordering uitsluitend tegen de verzekeraar instellen. Op grond van art. 7:954 lid 6 BW is hij hiertoe echter slechts bevoegd als hij ervoor zorg draagt dat de benadeelde tijdig in het geding wordt geroepen.

¹¹ Zie voor art. 6:174: HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, NJ 2014/368, m.nt. Hartlief en R.J.B. Boonekamp, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:174 BW. Zie voor art. 6:179: R.J.B. Boonekamp, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:179 BW.

houdt, wordt vermoed dit voor zichzelf te houden.¹² Dit betekent in samenleefverbanden dat, indien de benadeelde kan aantonen dat de ander het dier houdt, in de zin dat hij daarover de feitelijke macht uitoefent, de verzekeraar tegenbewijs moet leveren. Deze zal dan op zijn beurt moeten aantonen dat de verzekerde de zaak hield voor een ander en daarmee het vermoeden weerleggen dat deze voor zichzelf hield.

Hoewel naar de letter het bewijsvermoeden van art. 3:109 BW ook geldt voor registergoederen, speelt in het kader van de aansprakelijkheid voor opstallen het wettelijk vermoeden van art. 6:174 lid 5 BW een doorslaggevende rol: 'Degene die in de openbare registers als eigenaar van de opstal of van de grond staat ingeschreven, wordt vermoed de bezitter van de opstal te zijn.' De aangesprokene zal aldus moeten bewijzen dat ondanks de inschrijving in de registers, hij geen bezitter van de opstal is.

De verzekeraar zal zich niet alleen kunnen verweren met het argument dat de verzekerde geen bezitter van de zaak is, maar voor het geval dit verweer niet slaagt, ook met het argument dat de benadeelde medebezitter is van de zaak. In dat geval is de verzekerde immers in het geheel niet (bij dieren) of niet voor het gehele schadebedrag (bij opstallen) aansprakelijk op grond van de hierboven behandelde jurisprudentie. Bij de beantwoording van de vraag op wie met betrekking tot dit medebezit de stelplicht en de bewijslast rust, zullen we terug moeten naar de relativiteitsvraag, die in deze jurisprudentie centraal staat. De kern van het verweer van de verzekeraar is immers dat de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid niet strekt ter bescherming van de medebezitter van de zaak (art. 6:163 BW).

Snijders rubriceert het relativiteitsverweer onder de zogenaamde zelfstandige of bevrijdende verweren, waarbij de stelplicht en bewijslast voor het ontbreken van relativiteit op de gedaagde partij rust.¹³ Lindenbergh brengt hierop een belangrijke nuance aan. Hij wijst erop dat het beschermingsbereik van een norm een rechtsvraag betreft en daarom geen kwestie is van bewijs. Hierover dient de rechter vanuit een neutraal standpunt te beslissen. Art. 6:163 BW legt alleen de *argumentatielast* op de dader.¹⁴ Dat betekent volgens Lindenbergh slechts dat de laedens de relativiteitsvraag op de agenda van de rechter moet zetten, maar niet dat de eiser overigens een voordeliger positie heeft.¹⁵ De feitelijke ondersteuning van deze door de laedens aan te dragen argumentatie betreft echter wel het bewijs.¹⁶

¹² Deze regel is op grond van art. 3:2a BW ook op dieren van toepassing.

¹³ H.J. Snijders, 'Bewijsvermoedens nader beschouwd. Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade', *NJB* 2015-38, p. 2666. Zie ook: *Asser Procesrecht/Asser* 3 2013/57 en 282 en H.W.B. thoe Schwarzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak* (4^e druk), Apeldoorn-Antwerpen 2013, nr. 11.

¹⁴ In gelijke zin R.J.B. Boonekamp, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:163, anders: *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015/129.

¹⁵ S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2007, p. 11.

¹⁶ P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden 2016), par. 4.2 noot 24.

Wanneer nu de aansprakelijk gestelde verzekeraar beargumenteert dat de bezitter van het dier niet aansprakelijk is, omdat art. 6:179 BW niet strekt ter bescherming van de gelaedeerde medebezitter van dat dier, moet deze verzekeraar dan ook stellen en bewijzen dat de gelaedeerde medebezitter is? Juridische argumentatie is het op een logische wijze combineren van feiten en rechtsregels. Wie wil beargumenteren dat de overtreder norm niet strekt ter bescherming van de eiser, omdat deze medebezitter is van de zaak, neemt dus het standpunt in dat de eiser medebezitter is. Zou hij dit standpunt niet innemen, dan zou zijn argumentatie voor de procedure niet relevant zijn. De argumentatielast ziet daarom niet alleen het op de agenda zetten van een rechtsvraag, maar ook het poneren van de daarmee verband houdende feitelijke stellingen. Op grond van art. 150 Rv. zal hij deze ook moeten bewijzen. Met Boonekamp ben ik daarom van mening dat de bewijslast rust op degene die feiten stelt ter onderbouwing van de door hem aangehangen strekking van de norm.¹⁷ Dit zal betekenen dat wanneer de aangesproken verzekeraar in het kader van zijn verweer de relativiteitsvraag opwerpt, omdat de gelaedeerde medebezitter van de zaak is, op hem ook het bewijs rust van dit medebezit. Hetzelfde geldt voor de argumentatie die gebaseerd is op de stelling dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de door hem geleden schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal. Hierbij dient niet uit het oog te worden verloren dat de gedaagde partij wordt geholpen door wettelijke vermoedens. Het bewijsvermoeden van art. 3:109 BW kan naar mijn mening ook worden toegepast op medebezit (zie over de vraag wanneer sprake is van medebezit hierna par. 4-7). Dit betekent dat het medehouderschap een vermoeden van medebezit schept.¹⁸ Wat betreft het aandeel in een zaak kan in dit verband worden gewezen op art. 3:166 lid 2 BW: 'De aandelen van deelgenoten zijn gelijk, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit.'¹⁹

4. Medehouderschap, medebezit en mede-eigendom

Wanneer is in een samenleefverband nu sprake van medebezit van de zaak? Medebezit is een lastige rechtsfiguur, omdat als uitgangspunt geldt dat slechts één persoon bezitter kan zijn van een bepaald goed. Wanneer wordt geconstateerd dat iemand bezitter is van een goed, is het niet mogelijk dat het bezit tegelijkertijd ook in handen is van een ander.²⁰ Door de koppeling van bezit aan eigendom, valt evenwel goed te begrijpen dat twee of meer personen met betrekking tot een goed *samen* bezitter zijn. In Asser 3-IV wordt medebezit als volgt gedefinieerd:²¹

¹⁷ R.J.B. Boonekamp, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:163.

¹⁸ In gelijke zin: Van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Mon. BW nr. A14) 2014/15.

¹⁹ Let wel, deze regel geldt niet voor de niet ontbonden huwelijksgemeenschap. Voor de ontbonden huwelijksgemeenschap geldt art. 1:100 BW.

²⁰ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, *Algemeen goederenrecht*, 130; Rank-Berenschot, *Bezit* (Mon. BW nr. B7) 2012/14.

²¹ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, *Algemeen goederenrecht*, 130.

‘Van medebezit is sprake wanneer twee of meer personen zich gezamenlijk als rechthebbende met betrekking tot één en hetzelfde goed gedragen.’

Medebezitters pretenderen gezamenlijk de mede-eigendom van een zaak te hebben. Van Schaick brengt medebezit onder woorden als ‘een bezit als deelgenoot’.²² Hierbij dient men met name in samenleefsituaties in het oog te houden dat wanneer een goed in bezit van een ander is, enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen voor een inbezitneming onvoldoende zijn (art. 3:113 lid 2 BW). De partner, die ten opzichte van een goed, dat eigendom is van de ander, ook bezitsdaden gaat verrichten verkrijgt hiermee geen bezit en ook geen medebezit.²³ Medebezit kan pas ontstaan in de situatie waarin partijen de zaak rechtens in mede-eigendom zouden kunnen hebben.²⁴ Bij de beantwoording van de vraag of een partner medebezitter is zal men dus moeten nagaan op welke wijze hij de mede-eigendom van de zaak zou hebben verkregen.

In samenleefsituaties zal het met name met betrekking tot roerende zaken moeilijk zijn vast te stellen of er al dan niet sprake is van medebezit. Vaak is het zo dat beide partners de feitelijke macht over de zaak uitoefenen en daarom beiden als houder van de zaak in de ruime zin van het woord kunnen worden aangemerkt. Dit zal overeenkomstig de maatstaven van art. 3:108 BW (verkeersopvatting, andere wettelijke bepalingen en uiterlijke feiten) beoordeeld moeten worden, evenals de vraag of de zij het goed (mede) voor zichzelf houden of (mede) voor de ander. Wanneer een verzekeraar moet aantonen dat de benadeelde partij medebezitter is van een dier, kan hij zich op dit punt beroepen op het bewijsvermoeden van art. 3:109 BW. Aangezien het houderschap een vermoeden schept van bezit, mag worden aangenomen dat het medehouderschap een vermoeden schept van medebezit.²⁵ De benadeelde kan hiertegen tegenbewijs leveren door aan te tonen dat hij geen medebezitter is. Dit kan hij doen door aan te tonen dat hij geen mede-eigenaar is geworden, zodat hij de zaak ook niet is gaan houden als deelgenoot. Deze stelling impliceert dat voor zover de benadeelde al de feitelijke macht heeft uitgeoefend over het dier, hij dat gedaan heeft als houder voor de ander. In de volgende paragrafen zal worden nagegaan in welke

²² Van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Mon. BW nr. A14) 2014/15.

²³ Van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Mon. BW nr. A14) 2014/14.

²⁴ Van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Mon. BW nr. A14) 2014/15.

²⁵ Van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Mon. BW nr. A14) 2014/15. Zie voor een toepassing van dit bewijsvermoeden op de vraag of de aansprakelijk gestelde medebezitter is: Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:RBDHA:2015:2443 (*Jengo*). In deze zaak is de vrouw van een in gemeenschap van goederen gehuwd echtpaar gebeten door de in het gezin opgenomen hond ‘Jengo’. Zij stelt haar man als medebezitter van de hond aansprakelijk. De rechtbank neemt op grond van het bewijsvermoeden van art. 3:109 jo. art. 3:107 lid 1 BW aan dat de man medebezitter is. Het huwelijksvermogensregime leidt te dier zake niet tot een andere conclusie. Evenals de Hoge Raad in diens later gewezen *Imagine*-arrest neemt de rechtbank geen analogie aan met het *Hangmat*-arrest en wijst de vordering van de vrouw af.

situaties samenwonenden en gehuwden een zaak al dan niet in mede-eigendom verkrijgen.

5. Mede-eigendom van een opstal bij buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten en bij ongehuwde samenwoners

Wanneer A eigenaar is van een huis en B met hem in dit huis gaat samenwonen, wordt B niet door het blote feit dat hij met B samenwoont en daar ook zijn woonplaats heeft mede-eigenaar van het huis. Datzelfde geldt wanneer A en B buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Anders dan in het geval partijen in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, treedt er in deze situaties geen boedelmenging in. Eerst wanneer een van de andere wijzen van eigendomsverkrijging (art. 3:80 BW) met betrekking tot B heeft plaatsgehad, verkrijgt B de eigendom of een aandeel hierin. De belangrijkste wijze van eigendomsverkrijging is de eigendomsoverdracht. Eigenaar is degene aan wie het goed is overgedragen. Wanneer A en B tezamen eigenaar willen worden van een huis, betekent dit dat het huis aan hen beiden zal moeten worden overgedragen, zodat zij ook beiden als verkrijger in de akte van levering moeten worden vermeld. Wanneer A al eigenaar is, zal hij B slechts mede-eigenaar kunnen maken door een aandeel in het huis aan hem over te dragen. Ook dan zal de levering moeten geschieden door het opmaken van een daartoe bestemde notariële akte en inschrijving hiervan in de openbare registers (art. 3:97 jo. art. 3:89 BW). Het is niet mogelijk dat B eigenaar of mede-eigenaar wordt doordat B de verkrijging van dit goed mede financiert en A als middellijk vertegenwoordiger te eigen name een onroerend goed voor B in eigendom verwerft. Volgens het *Modehuis Nolly I*-arrest is een dergelijke wijze van eigendomsverkrijging van onroerend goed onverenigbaar met art. 671 BW (oud) (thans art. 3:89 BW) en met de door dit wetsvoorschrift beoogde openbaarheid van de eigendomsverkrijging van onroerend goed door middel van overdracht.²⁶

Voor de toepassing van het *Hangmat*-arrest betekent dit dat de benadeelde in de regel alleen mede-eigenaar (en daardoor medebezitter) kan zijn wanneer het goed mede op zijn naam in de openbare registers is gesteld. Dit was in dit arrest dan ook het geval: partijen waren voordat zij in het huwelijk traden gezamenlijk eigenaar geworden van het huis waar het ongeluk is gebeurd.

Volgens het *Hangmat*-arrest moet de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de schade dragen dat overeenkomt met 'zijn aandeel in de opstal'. Voor het bepalen van dit aandeel zal bij niet gehuwde mede-eigenaren en buiten gemeenschap gehuwde mede-eigenaren art. 3:166 lid 2 BW moeten worden toegepast. Deze bepaling luidt als volgt: 'De aandelen van de deelgenoten zijn gelijk, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit.' Met het oog op het *Modehuis*

²⁶ HR 2 april 1976, NJ 1976/450 (*Modehuis Nolly I*).

Nolly I-arrest en art. 3:96 BW zal een rechtsverhouding, waarbij van gelijke aandelen wordt afgeweken, uit de openbare registers moeten blijken. Vaak ziet men in overdrachtsakten dat de verkrijgers tezamen voor gelijke delen verkrijgen. Zeer zelden wordt hiervan afgeweken. Het enkele feit dat de ene mede-eigenaar ten behoeve van de verkrijging van het goed een groter bedrag heeft besteed dan de andere mede-eigenaar, leidt niet tot de conclusie dat uit hun rechtsverhouding voortvloeit dat hun beider aandeel niet gelijk is.²⁷

6. Mede-eigendom van een dier bij buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten en bij ongehuwde samenwoners

Voor ongehuwd samenwonenden en voor buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten geldt ten aanzien van de verkrijging van roerende zaken en dieren in beginsel hetzelfde als ten aanzien van registergoederen. Zij kunnen mede-eigendom verkrijgen hetzij door gezamenlijke levering aan hen beiden, hetzij doordat de volledig rechthebbende partner een aandeel in zijn recht aan de andere partner overdraagt. Wie het goed heeft gefinancierd doet voor de eigendomsvraag niet ter zake. Anders dan bij registergoederen is bij de verkrijging van roerende zaken (directe) verkrijging via een middellijk vertegenwoordiger wel mogelijk (art. 3:110 BW). Wanneer men kan zeggen dat tussen de partners een rechtsverhouding bestaat die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen door hem (mede) voor de ander zal worden gehouden, dan verkrijgt de ander de eigendom of de mede-eigendom van de zaak zodra de ene deze zaak heeft verworven. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat A en B besluiten een puppy aan te schaffen bij een bepaalde fokker. Bij een bezoek aan het nestje zoeken zij tezamen een puppy uit. Ze noemen hem 'Topper'. Wanneer Topper acht weken oud is gaat B hem ophalen bij de fokker. Bij de fokker worden dan ook de papieren gereed gemaakt voor de registratie in een daartoe aangewezen databank, waarbij de naam van B wordt ingevuld als nieuwe eigenaar van de hond. Deze registratie is geen constitutief vereiste voor de eigendomsoverdracht van een hond. De levering zal plaats moeten vinden door bezitsverschaffing. Hierop kan nu de directe leer worden toegepast, zodat, zodra B Topper in zijn armen heeft, hij het hondje mede gaat houden voor A. Zowel A als B zijn hierdoor eigenaar van Topper geworden.

Uit het *Bycolien*-arrest blijkt dat bij ongehuwde samenwoners niet snel mag worden geconcludeerd dat een hond, die door een van de partners in het huishouden is ingebracht, ook mede-eigendom van de ander is geworden, doordat zij dit stilzwijgend zijn overeengekomen. In deze zaak pogen partijen, evenals bij het *Imagine*-arrest, schadevergoeding te verkrijgen van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het gaat hier echter om de schade van een derde. De heer Plantinga gaat samenwonen met mevrouw Buisman door bij haar thuis in te trekken samen

²⁷ HR 21 april 2006, NJ 2007/395.

met zijn honden Athos en Bycolien. Op een dag ontsnapt Bycolien uit de woning en veroorzaakt een ongeluk door vlak voor de auto van Iemenschot de weg over te steken. Iemenschot lijdt hierdoor schade. Buisman tracht de schade te verhalen op haar aansprakelijkheidsverzekeraar RVS. Deze acht zich niet tot uitkering gehouden, omdat niet Buisman, maar Plantinga zowel eigenaar als gebruiker van Bycolien was. Plantinga was ten tijde van het ongeval echter niet tegen aansprakelijkheid verzekerd. Buisman stelt dat door het in concubinaat samenleven van haar met Plantinga, gecombineerd met het feit dat de dagelijkse zorg voor de hond bij haar berustte, Bycolien haar mede-eigendom was geworden. Deze stelling vindt volgens de Hoge Raad onvoldoende steun in het recht. De genoemde feiten zijn op zichzelf niet genoeg om Buisman de mede-eigendom van de hond te verschaffen.

Wanneer de casus anders was geweest en Buisman door Bycolien was gebeten, dan zou de constatering dat zij geen mede-eigenaar van de hond was geworden in het licht van het *Imagine*-arrest voor haar een gunstige uitkomst zijn. Zij kan dan immers aantonen dat zij de door de ander aangebrachte hond niet is gaan houden als deelgenoot (zie par. 4).

Met betrekking tot buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten kan de bewijsregel van art. 1:130 BW mogelijk een rol spelen.²⁸ Een echtgenoot kan zijn aanbreng van roerende zaken, die bij huwelijkse voorwaarden buiten de gemeenschap worden gehouden, tegenover derden slechts bewijzen door hun vermelding in de huwelijkse voorwaarden of in een notariële staat van aanbreng. Het is de vraag of een procedure die men tegen zijn eigen echtgenoot en diens aansprakelijkheidsverzekeraar heeft ingesteld als een procedure tegen 'derden' moet worden aangemerkt. Aan de ene kant gaat het om de vaststelling van de aansprakelijkheid van zijn echtgenoot, maar aan de andere kant om de betalingsverplichting van 'een derde'. Aangezien dit laatste de uiteindelijke bedoeling van de procedure is, neig ik tot de conclusie dat – voor zover de benadeelde wat zou moeten bewijzen – hier bewijs tegenover 'derden' moet worden geleverd en art. 1:130 BW van toepassing is.

Bij dit alles moet niet uit het oog worden verloren dat art. 1:130 BW een bewijsvoorschrift is voor het geval een echtgenoot de stelling inneemt dat een zaak tot zijn privévermogen behoort, omdat het door hem is aangebracht en de derde dit betwist. In een *Imagine*-achtige procedure zal men daarom aan deze regel niet toekomen. De benadeelde eisende partij wil dan immers juist niet de stelling innemen dat het paard zijn eigendom is, maar zal wel moeten aantonen dat het paard eigendom is van de andere echtgenoot. Deze echtgenoot zal dat zelf niet betwisten; de verzekeraar echter wel. De situatie dat een van de echtgenoten tegenover een derde wil bewijzen dat het goed tot zijn privévermogen behoort, is

²⁸ Heersende leer is dat art. 1:130 BW niet voor analogische toepassing in aanmerking komt (Asser/*De Boer* 2010/582; W.M. Schrama, *Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers* (diss. Utrecht 2000), serie Recht en Praktijk, nr. 114, p. 59.

dus niet aan de orde. Dit betekent dat de benadeelde de privé-eigendom van de andere echtgenoot met alle middelen mag bewijzen. Art. 1:130 BW is overigens alleen van toepassing op aangebrachte goederen. Op na het aangaan van de huwelijks voorwaarden verkregen goederen is het artikel sowieso niet van toepassing.

Indien een *Imagine*-achtige procedure zou moeten worden aangemerkt als een geschil tussen echtgenoten over de vraag aan wie een roerende zaak toebehoort, zou ook art. 1:131 BW van toepassing kunnen zijn. Dit artikel bepaalt dat wanneer geen van beiden zijn recht op het goed kan bewijzen, het goed geacht wordt aan ieder van de echtgenoten voor de helft toe te behoren. Dit resultaat zou voor de benadeelde echtgenoot gezien de regel uit het *Imagine*-arrest leiden tot afwijzing van de vordering. Evenals bij art. 1:131 BW ben ik echter van mening dat dit bewijsvermoeden niet van toepassing is. De eisende, noch verwerende partij neemt een stelling in die hem verplicht 'zijn recht op dit goed te bewijzen'. Men wil juist het recht van de ander bewijzen. Hiervoor is deze bewijsregel niet geschreven. Wij kunnen hier toe met de gewone regels van het bewijsrecht. Wanneer de benadeelde faalt in het bewijs dat de ander bezitter is van de zaak, zal de vordering gebaseerd op art. 6:179 BW worden afgewezen. Als dit bewijs slaagt, maar de verzekeraar er ook in slaagt te bewijzen dat de benadeelde mede-bezitter is, dan zal de vordering alsnog worden afgewezen. Faalt de verzekeraar op zijn beurt in het bewijs dat de benadeelde echtgenoot medebezitter is, dan wordt de vordering toegewezen.

7. Bezit bij in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten

Wanneer de benadeelde en de aansprakelijke partij in gemeenschap van goederen zijn gehuwd lijkt de situatie eenvoudig. Op grond van art. 1:94 lid 1 BW vallen alle goederen van de echtgenoten in beginsel in de gemeenschap. Dit geldt naar huidig recht zowel voor de goederen die zij ten huwelijk aanbrengen als voor de goederen die zij tijdens het huwelijk verkrijgen. Ook wanneer een onroerende zaak uitsluitend op naam van de een in de openbare registers is gesteld, is de ander door boedelmenging van deze zaak mede-eigenaar geworden. Ook een dier, dat door een der echtgenoten is verkregen zal in beginsel tot de gemeenschap van goederen behoren. In de procedure die ten grondslag ligt aan het *Imagine*-arrest wordt op grond van het feit dat de echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd aangenomen dat echtelieden mede-bezitters zijn van het paard. Ook de Rechtbank Den Haag neemt op grond van het feit dat echtelieden in gemeenschap van goederen zijn getrouwd aan dat zij mede-bezitter zijn van de in het gezin als huisdier opgenomen hond.²⁹ De vraag is echter of men op grond van de door de huwelijksgemeenschap gecreëerde mede-eigendom van de zaak ook mag aannemen dat beide echtelieden bezitter zijn van de zaak. Reinhartz verdedigt dat voor de

²⁹ Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:RBDHA:2015:2443 (*Jengo*).

vraag wie van de echtgenoten bezitter is, de nadruk moet worden gelegd op de vraag aan wie de bevoegdheden toekomen, die normaal gesproken toekomen aan een eigenaar. Hij is het immers die zich rechtens als eigenaar kan gedragen. Hierdoor is volgens haar niet de onderlinge eigendomsverhouding doorslaggevend, maar de bestuursverdeling. Het bestuur van een goed op naam berust volgens art. 1:97 lid 1 BW bij de echtgenoot op wiens naam dit staat. Dit betekent voor een opstal dat alleen de echtgenoot bestuursbevoegd is op wiens naam deze in de openbare registers staat. Dit zou betekenen dat indien niet beide in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten in de openbare registers als eigenaar zijn vermeld, alleen degene op wiens naam het goed staat als bezitter kan worden aangemerkt. In de *Hangmat*zaak zou dit hebben betekend dat als partijen ten tijde van het ongeval in gemeenschap van goederen gehuwd waren geweest en als de woning alleen op naam van de man was gesteld, de benadeelde vrouw de man voor het gehele bedrag aansprakelijk had kunnen stellen.³⁰ Had het huis op haar naam gestaan, dan had zij in het geheel geen aanspraak op schadevergoeding gehad.

Met betrekking tot roerende zaken (en dus dieren), moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie voor en na 1 januari 2012, omdat art. 1:97 BW toen is gewijzigd. Voor 1 januari 2012 berustte het bestuur bij de echtgenoot van wiens zijde het goed in de gemeenschap was gevallen (lees: aan wie het goed was geleverd). Na 1 januari 2012 zijn beide echtgenoten bestuursbevoegd over de goederen niet op naam, tenzij deze goederen aan een van de echtgenoten zijn geschonken of nagelaten. Volgens het overgangsrecht blijft op een gemeenschap van goederen, ontstaan vóór de inwerkingtreding van deze wet, het recht van toepassing zoals dat toen gold.³¹ Het is opvallend dat aan het aspect van de bestuursbevoegdheid in de *Imagine*-zaak geen aandacht is besteed. De gemeenschap van goederen dateerde immers van vóór 2012, zodat de oude regeling van toepassing was. Aangezien het paard dienstbaar was aan het bedrijf van beide echtgenoten, zou evenwel op grond van art. 1:97 lid 2 BW hebben kunnen worden aangenomen dat de echtgenoten gezamenlijk bestuursbevoegd waren.

De vraag resteert of het bezit wel moet worden gekoppeld aan de bestuursbevoegdheid of toch aan de eigendomsverhouding. Ik neig naar het laatste, omdat het bij het bezit niet zozeer gaat om de eigenaarsbevoegdheden, maar om de eigendomspretentie. Zo is een dief wel bezitter, maar niet beschikkingsbevoegd. Een echtgenoot die door in gemeenschap van goederen te huwen door boedelmenging mede-eigenaar wordt van een goed, gaat deze zaak naar verkeersopvatting mede voor zichzelf houden (art. 108 BW). Daarnaast moet in het oog worden gehouden dat bij koppeling van het bezit aan het bestuur, dit bezit – ook van registergoederen – bij ontbinding van de gemeenschap weer zou wijzigen, omdat het bestuur vanaf dat moment op grond van art. 3:170 lid 3 BW op beide echtgenoten

³⁰ In de *Hangmat*-zaak waren partijen op dat moment nog niet gehuwd en het huis stond op beider naam in de openbare registers.

³¹ Op een gemeenschap van goederen, ontstaan vóór de inwerkingtreding van deze wet, blijft het recht van toepassing zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.

tezamen komt te rusten. Een dergelijke wisseling op grond van de enkele ontbinding van de gemeenschap (let wel: van verdeling is dan nog geen sprake) lijkt mij niet in overeenstemming met de feitelijke aard van het bezitsbegrip.

Zelfs wanneer we niet van de bestuursbevoegdheid uitgaan, maar van de eigendomsverhoudingen, kan in de toekomst het bezit bij een van de echtgenoten komen te liggen. Dit zal het geval zijn als wetsvoorstel 33 987 wet wordt.³² Volgens dit wetsvoorstel wordt een beperkte gemeenschap van goederen de nieuwe standaard van het huwelijksvermogensrecht. Enkel hetgeen beide echtelieden gedurende het huwelijk hebben verkregen zal in de gemeenschap vallen. Voorhuwelijksvermogen, giften en erfenissen blijven voortaan privévermogen. Voor het bepalen van de bezitsverhoudingen zal dan moeten worden nagegaan of het goed ten huwelijk is aangebracht en zo ja, wie dat heeft gedaan. Dit zou in de zaak *Imagine* hebben betekend dat als het paard door de man ten huwelijk was aangebracht, de vrouw geen medebezitter zou zijn geweest, tenzij door de inbreng in de vennootschap weer zou kunnen worden aangenomen dat aan haar een aandeel in dit paard is overgedragen. Naar toekomstig recht zal de beantwoording van de bezitsvraag door de introductie van de beperkte gemeenschap van goederen daarom nog moeilijker te beantwoorden zijn dan nu reeds het geval is.³³

Op grond van het *Hangmat*-arrest zal bij de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen, ook moeten worden nagegaan wat het aandeel in de opstal is van de benadeelde medebezitter. Deze vraag is lastig te beantwoorden, omdat er over het karakter van de nog niet ontbonden gemeenschap van goederen geen communis opinio bestaat. Sommigen zijn van mening dat ook in de periode vóór de ontbinding van de huwelijksgemeenschap tussen echtgenoten een gerechtigdheid in aandelen kan worden onderscheiden. De klassieke leer luidt echter dat elk van de echtgenoten in die periode tot de huwelijksgemeenschap is gerechtigd voor het geheel, zodat in deze gemeenschap geen aandelen zijn te onderscheiden.³⁴

De toerekeningsregel uit het *Hangmat*-arrest kan, wanneer we de klassieke leer volgen, niet toegepast worden op de gemeenschap van goederen. Om die reden lijkt het mij aangewezen om in ieder geval ten behoeve van de toepassing van deze regel een gerechtigdheid in aandelen aan te nemen overeenkomstig de bepaling die geldt voor de ontbonden gemeenschap (art. 1:100 BW): ieder van de echtgenoten heeft recht op een gelijk aandeel.

³² Voorstel van wet van de leden Bernds-Jansen, Recourt en Van Oosten tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 987, nr. 2.

³³ Er geldt een bewijsregel met dezelfde strekking als art. 1:131 BW (art. 1:94 lid 8 (nieuw), gelijk aan het huidige art. 1:94 lid 6 BW).

³⁴ Zie over deze twee visies: T.H. Sikkema, 'HR 5 oktober 2012: De huwelijksgemeenschap in drie aspecten', *JBN* 2013(7-8) 37.

8. Bezit en relativiteit; voer voor generalisten

Het *Imagine*-arrest en het *Hangmat*-arrest hebben vele pennen in beweging gebracht over de strekking van aansprakelijkheidsnormen. Deze arresten roepen echter ook andere hoofdbreken op dan het beschermingsbereik van een aansprakelijkheidsbepaling. Het succes van het aansprakelijk stellen van de verzekeraar blijkt afhankelijk te zijn van vragen als: zijn partijen in gemeenschap van goederen gehuwd, wie heeft het dier aangebracht en op wiens naam is het huis in de openbare registers ingeschreven?

Dit verschil in resultaat kan in mijn ogen niet vanuit het relativiteitsvereiste worden verklaard en is ook in moreel opzicht slecht verdedigbaar. Het antwoord op de vraag wie het bezit of medebezit heeft is in samenlevingsverbanden van toevallige omstandigheden afhankelijk, die niet veel te maken hoeven te hebben met de verantwoordelijkheid voor het dier of de opstal. Snijders heeft er eerder op gewezen dat de koppeling van aansprakelijkheid aan bezit tot onrechtvaardige resultaten kan leiden.³⁵ In deze observatie past nu ook de toepassing van het relativiteitsvereiste.

³⁵ H.J. Snijders, *Goederenrecht* (5 druk), (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 2), Deventer: Kluwer 2012, nr. 132.

Versterking van de procedurele positie van minderjarigen in het jeugdbeschermingsrecht – een brug te ver?

Mariëlle Bruning¹

I. Inleiding

Nederlandse kinderen behoren tot de gelukkigste kinderen van de wereld. Toch heeft ongeveer 5-10% van de kinderen in Nederland ernstige problemen die veelal leiden tot hulpverlening. Voor een deel van deze kinderen is de hulpverlening niet vrijwillig, maar wordt deze in een gedwongen kader opgelegd door een kinderrechter met het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming. Deze kinderen krijgen te maken met ingrijpende inmengingen in hun gezinsleven, al is dat noodzakelijk om hun belangen te beschermen.

Kinderen hebben recht op bescherming tegen mishandeling en verwaarlozing, ook als dat thuis plaatsvindt, en de overheid heeft een verplichting om daartoe acties te treffen, zo leert het VN-Kinderrechtenverdrag (verder: IVRK) en zo vloeit dit ook voort uit jurisprudentie van het EHRM.² Kinderen hebben echter ook recht op respect voor hun gezinsleven (art. 5, 18 IVRK; art. 8 EVRM). Dit betekent dat er een effectief kinderbeschermingssysteem moet bestaan waarin een rechter de verschillende rechten en belangen van minderjarigen weegt bij beslissingen over maatregelen van kinderbescherming.

Minderjarigen hebben daarbij op grond van art. 9 lid 2 en 12 IVRK het recht om betrokken te worden in procedures. Het recht op informatie over de procedure en het recht om gehoord te worden maken hier onderdeel van uit, maar ook het recht dat aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht. Art. 8 EVRM is in dit opzicht eveneens relevant; verdragsstaten hebben de positieve verplichting om minderjarigen effectief te horen in kinderbeschermingsprocedures.³ Juist omdat het in kinderbeschermingsprocedures gaat om inbreuken op fundamentele rechten van minderjarigen en zij geconfronteerd kunnen worden met een – doorgaans als zeer ingrijpend ervaren – scheiding van hun ouders of verzorgers, is het recht om effectief in de procedure betrokken te worden van essentieel belang.

¹ Prof. mr. M.R. Bruning is hoogleraar Jeugdrecht aan de Universiteit Leiden.

² EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (Z. e.a./VK); EHRM 26 november 2002, 33218/96 (E. e.a./VK).

³ EHRM 5 september 2015, 10161/13, EHRC 2015/234, m.nt. Bruning (M. & M./Kroatië).

Uit recent internationaal onderzoek blijkt dat Nederland het ten aanzien van de rechtspositie van minderjarigen niet slecht doet. Nederland staat op de vijfde plaats in een grootschalige studie naar toegang tot de rechter voor kinderen.⁴ Tegelijk is in Nederland de procespositie van minderjarigen in kinderbeschermingsprocedures al decennialang nagenoeg ongewijzigd. Als uitgangspunt geldt dat minderjarigen in civiele procedures worden vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger(s) of, bij een conflict van belangen, door een bijzondere curator. Kinderen zijn in beginsel niet procesbekwaam en derhalve geen zelfstandige procespartij, maar kunnen wel worden gehoord in procedures. In de wet zijn uitzonderingen te vinden op de procesonbekwaamheid van minderjarigen voor specifieke onderdelen van het jeugdbeschermingsrecht. De procedurele rechten van minderjarigen bij jeugdbescherming zijn in de afgelopen jaren in de rechtspraak geen rustig bezit gebleken, zo blijkt uit verschillende beslissingen van de Hoge Raad.

In deze bijdrage voor Henk Snijders, die een belangrijk deel van zijn wetenschappelijke carrière aan het burgerlijk procesrecht heeft gewijd, worden procedurele rechten van minderjarigen in jeugdbeschermingszaken belicht. De vraag staat centraal hoe de procedurele positie van minderjarigen in jeugdbeschermingszaken in de Nederlandse wet en in de uitvoeringspraktijk invulling heeft gekregen en of dit een effectieve en betekenisvolle betrokkenheid oplevert voor minderjarigen. Met andere woorden: welke procedurele rechten hebben minderjarigen in kinderbeschermingszaken in Nederland en is er aanleiding voor optimisme of zorgen, mede gezien de internationale verplichtingen die voor Nederland voortvloeien uit het IVRK, het EVRM en andere internationale documenten? Hierbij zal achtereenvolgens worden ingegaan op procedurele rechten van minderjarigen in het civiele recht (par. 2) en in het jeugdbeschermingsrecht (par. 3). Daarna zullen het recht van minderjarigen om gehoord te worden (par. 4.1) en het recht op vertegenwoordiging in procedures (door ouders, bijzondere curator en advocaat; par. 4.2) als invulling van het recht om betrokken te worden (art. 12 IVRK), worden geanalyseerd en zal een conclusie volgen (par. 5).

2. Civiele procespositie minderjarigen

Een minderjarige is in Nederland handelingsbekwaam ten aanzien van rechtshandelingen die in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk zijn. In dat geval wordt toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger verondersteld te zijn verleend (art. 1:234 lid 3 BW). In de Nederlandse wet staat nergens uitdrukkelijk genoemd dat minderjarigen procesonbekwaam zijn, maar dit wordt doorgaans afgeleid uit art. 1:245 lid 4 jo. art. 253i lid 1 BW: de ouders met gezag vertegenwoordigen het

⁴ Child Rights International Network (CRIN), *Rights, Remedies and Representations*, London, UK: CRIN 2016; in dit onderzoek wordt een rangschikking van 197 landen gepresenteerd.

kind in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte.⁵ Een door de minderjarige ingestelde vordering of een door hem ingediend verzoek zal in beginsel dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard, en ook kan de minderjarige in beginsel niet zelfstandig hoger beroep instellen.⁶

In familierechtzaken waarbij de minderjarige betrokken is, moet hij worden beschouwd als belanghebbende. Art. 798 lid 1 Rv bepaalt dat een belanghebbende degene is op wiens rechten of verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft.⁷ Maar dit brengt niet zonder meer mee dat de minderjarige de door de wetgever aan belanghebbenden toegekende procedurele bevoegdheden zonder tussenkomst van een wettelijke vertegenwoordiger of een bijzondere curator kan uitoefenen.⁸ Minderjarigen zijn dan wel materieel belanghebbende, maar geen processueel belanghebbende en kunnen slechts een procesdossier inzien – op grond van art. 290 Rv – via hun ouders als wettelijke vertegenwoordigers of eventueel via een bijzondere curator.⁹ Het is opmerkelijk dat minderjarigen van twaalf jaar en ouder die in staat zijn tot een redelijke waardering van belangen wél recht hebben op inzage en afschrift van door de Raad voor de Kinderbescherming, het Openbaar Ministerie of door een deskundige op verzoek van de rechter overgelegde bescheiden, zoals in art. 811 lid 1 sub d Rv is bepaald.¹⁰ Deze bepaling

5 Zie ook M.R. Bruning, T. Liefwaard & P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en Jeugdhulp*, Amsterdam: Reed Business 2016, p. 314.

6 Zie o.m. E.A. Mink, 'De procespositie van de minderjarige in de civiele procedure', *EB* 2012/41; C.A.R.M. van Leuven & M.J. de Klerk, 'Informeel en formeel rechtsingangen', *EB* 2013/32; P.A.J.T. van Teeffelen, 'Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige', *EB* 2013/62.

7 Een nadere bepaling van het begrip belanghebbende, die in de algemene regeling van de verzoekschriftprocedure niet nader is omschreven, werd door de wetgever voor familiezaken noodzakelijk geacht om zo de in beginsel ruime kring van belanghebbenden enigszins in te perken: zie R.Y. Nauta 2014 (*T&C Pers.- en fam.*), art. 798 Rv, aant. 1. In familieverzoekschrift-procedures moet het begrip belanghebbende in art. 290 Rv worden uitgelegd in het licht van de betekenis die het heeft volgens art. 798 Rv; zie HR 5 december 2014, *NJ* 2015/57, r.o. 3.5.1.

8 Zie ook HR 5 december 2014, *NJ* 2015/57, r.o. 3.5.2.

9 Zie HR 5 december 2014, *NJ* 2015/57 (r.o. 3.8). Zie ook R.Y. Nauta 2014 (*T&C Pers.- en fam.*) art. 800 Rv, aant. 6: procesreglementen blijken een wisselend beeld te geven. Art. 2.2 Procesreglement civiel jeugdrecht bepaalt dat de minderjarige van twaalf jaar en ouder een eigen kopie van het verzoekschrift zonder bijlagen krijgt toegestuurd, terwijl het Procesreglement gezag en omgang geen expliciete bepaling bevat. In art. 1.1.8 Procesreglement verzoekschrift-procedures familiezaken gerechtshoven is bepaald dat processtukken niet ongevraagd aan minderjarigen worden gestuurd, maar alleen op verzoek van minderjarigen van twaalf jaar of ouder die in staat zijn tot een redelijke waardering van belangen.

10 De wetgever heeft benadrukt dat de formulering waarin minderjarigen van twaalf jaar of ouder in beginsel een recht op inzage en afschrift hebben, tenzij, goed aansluit bij art. 12 IVRK. Een beperking van het inzagerecht tot minderjarigen van twaalf jaar en ouder acht hij in overeenstemming met art. 12 IVRK; *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 487, nr. 6 (MvA), p. 18.

is een uitzondering op de regel dat minderjarigen geen zelfstandig recht hebben op inzage in het procesdossier (art. 290 Rv).¹¹

De Hoge Raad oordeelde op 5 december 2014 dat de afhankelijke positie van de minderjarige ten opzichte van zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) of bijzondere curator voor inzage in de gedingstukken niet in strijd is met het in art. 6 lid 1 EVRM en art. 12 IVRK verankerde recht op toegang tot de rechter.¹² De minderjarige klaagde in hoger beroep (via haar moeder) dat zij slechts adequaat van haar hoorrecht gebruik kon maken als zij over het dossier beschikte, zodat zij dat met haar advocaat kon bespreken, en dat zij zonder dat dossier geen effectieve toegang tot de rechter had. Zij achtte het weigeren van een recht op inzage in de gedingstukken op haar verzoek in strijd met onder meer art. 6 EVRM en art. 12 IVRK. De Hoge Raad benadrukte de mogelijkheid om via de wettelijke vertegenwoordiger(s) of de benoeming van een bijzondere curator inzage in de gedingstukken te realiseren en zag hiermee het recht op toegang tot de rechter voldoende effectief gewaarborgd. Het cassatieberoep werd verworpen. Het uitbreiden van het recht op inzage voor minderjarigen ging volgens het hof en de conclusie van de A-G de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.

Hoewel de procedurele positie van minderjarigen in de afgelopen decennia vaker ter discussie is gesteld,¹³ heeft de wetgever geen aanleiding gezien om deze te versterken.¹⁴ De minderjarige kan immers door zijn ouders of een bijzondere curator worden vertegenwoordigd in procedures. De mogelijkheid tot benoeming van een bijzondere curator voor het kind als de ouders het kind niet willen of kunnen vertegenwoordigen of deze geen actie ondernemen, is in de laatste decennia wel uitgebreid door de wetgever.¹⁵

¹¹ Denk bijv. aan gedingstukken die zijn ingediend door een gecertificeerde instelling die een maatregel van kindbescherming uitvoert; deze vallen onder art. 290 Rv.

¹² HR 5 december 2014, NJ 2015/57. Zie voor kritiek op deze uitspraak o.m. T. Liefwaard, 'Procespositie minderjarige (editorial)', FJR 2015/12; J.H.M. ter Haar, 'De processuele handelingsonbekwaamheid van de minderjarige', EB 2015/22.

¹³ Zie o.m. M. Fiege, *De autonomie van de minderjarige in het recht* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993; Raad voor het Jeugdbeleid en Nederlandse Gezinsraad, *Kind in proces – pleidooi voor een eigen rechtsingang*, Utrecht 1995.

¹⁴ Zie o.m. de notitie 'Rechtspositie minderjarigen', *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 309 en *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 VI, nr. 116, p. 3. Zie ook Vlaardingerbroek e.a. (red.), *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 341-342 en HR 5 december 2014, NJ 2015/57.

¹⁵ Sinds 1995 kan een bijzondere curator op grond van art. 1:250 BW behalve voor vermogensrechtelijke kwesties ook in geval van kwesties inzake de verzorging en opvoeding van de minderjarige benoemd worden; Wet van 6 april 1995, *Stb.* 240, i.w.tr. 2 november 1995. Sinds 2009 is iedere rechter bevoegd om een bijzondere curator te benoemen, waarbij de wetgever heeft benadrukt dat deze mogelijkheid vaker zou moeten worden gebruikt voor situaties waarin kinderen te maken hebben met een conflictueuze (echt)scheiding van hun ouders; Wet bevordering ouderschap, *Stb.* 2008, 500, i.w.tr. 1 maart 2009. Zie ook M.M.C. Limbeek,

Op grond van het bovenstaande is de minderjarige derhalve wel materieel belanghebbende in familierechtzaken, maar geen procedureel belanghebbende in de zin van art. 798 Rv. De minderjarige heeft in beginsel altijd een ouder (met gezag) of een bijzondere curator nodig om in familierechtprocedures te worden vertegenwoordigd. De wetgever heeft herhaaldelijk benadrukt dat de minderjarige wel betrokken moet worden in familierechtprocedures. De minderjarige heeft een hoorrecht: minderjarigen van twaalf jaar of ouder *moeten* gehoord worden door de kinderrechter (art. 809 lid 1 Rv). Minderjarigen jonger dan twaalf jaar *mogen* worden gehoord; hier geldt een discretionaire bevoegdheid voor de rechter.

3. Jeugdbeschermingszaken en de positie van de minderjarige

In jeugdbeschermingszaken wordt het ouderlijk gezag beperkt (met een maatregel van ondertoezichtstelling, art. 1:254 e.v. BW) of beëindigd (art. 1:266 e.v. BW) met de mogelijkheid tot herstel van het ouderlijk gezag. In deze categorie familierechtzaken staan de belangen van de minderjarige centraal; bij een ernstige bedreiging van de ontwikkeling van de minderjarige of bij misbruik van het gezag kan een maatregel worden uitgesproken. Minderjarigen die te maken krijgen met een maatregel van ondertoezichtstelling en met een machtiging gesloten jeugdhulp hebben een sterkere rechtspositie gekregen.

In de regeling van de ondertoezichtstelling heeft de minderjarige van twaalf jaar en ouder op onderdelen een zelfstandige procedurele bevoegdheid. Zo kan de minderjarige een verzoek doen tot vervanging van de gecertificeerde instelling die de maatregel uitvoert (art. 1:259 BW), tot opheffing van de ondertoezichtstelling (art. 1:261 lid 2 BW), tot intrekking of vervallenverklaring van een schriftelijke aanwijzing (art. 1:265 jo. art. 264 BW), tot beëindiging of verkorting van de machtiging uithuisplaatsing (art. 1:265d BW), tot wijziging van een beslissing over de verdeling van zorg- en opvoedingstaken tijdens de ondertoezichtstelling (art. 1:265g BW) en kan hij een geschil voorleggen aan de kinderrechter (art. 1:262b BW).¹⁶ Tevens is op 1 januari 2015 met de inwerkingtreding van de herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen art. 799a Rv ingevoerd. Lid 3 van dit artikel schrijft voor dat in elk verzoekschrift tot een (verlenging van de) ondertoezichtstelling of machtiging uithuisplaatsing moet worden vermeld of, en zo ja, op welke

¹⁶ 'De bijzondere curator: een volwaardig sluitstuk van rechtsbescherming?', in: J.H. de Graaf, C. Mak, P.J. Montanus & F.K. van Wijk, *Rechten van het Kind en Waardigheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

¹⁶ Opmerkelijk is dat in art. 1:265e BW, dat nieuw is ingevoerd op 1 januari 2015 en een gedeeltelijke gezagsbeperking bij een OTS met machtiging uithuisplaatsing mogelijk maakt, de minderjarige van twaalf jaar en ouder niet wordt genoemd. Het is voor de minderjarige derhalve niet mogelijk om te verzoeken een beslissing tot gedeeltelijke gezagsbeperking van zijn ouder te wijzigen.

wijze de inhoud dan wel de strekking van het verzoekschrift is besproken met de minderjarige en welke reactie deze hierop heeft gegeven.¹⁷ Het valt op dat hier geen leeftijdsgrens wordt gehanteerd en dat derhalve de mening van elke minderjarige in het verzoekschrift moet worden opgenomen.

Voor minderjarigen die uit huis worden geplaatst in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp geldt een nog sterkere rechtspositie, die vanuit het licht van vrijheidsbeneming voortvloeit uit art. 5 lid 4 EVRM.¹⁸ Minderjarigen van twaalf jaar en ouder zijn bekwaam om in en buiten rechte op te treden, en dit geldt ook voor minderjarigen jonger dan twaalf jaar die in staat zijn tot een redelijke waardering van belangen (art. 6.1.1 lid 2 Jeugdwet). Dit betekent dat zij procesbekwaam zijn en zelfstandig als procespartij bijvoorbeeld hoger beroep in kunnen stellen. Bij elk verzoek tot een (voorlopige) machtiging gesloten jeugdhulp wordt aan de minderjarige ambtshalve een raadsman toegevoegd (art. 6.1.10 lid 4 Jeugdwet).

Voordat de kinderrechter op een verzoek tot het verlenen van een (voorlopige) machtiging beslist, moet deze de minderjarige horen. In art. 6.1.10 Jeugdwet is daarbij geen leeftijdsgrens opgenomen en dit betekent dat ook minderjarigen jonger dan twaalf jaar gehoord moeten worden. Als de rechter vaststelt dat een minderjarige niet bereid is zich te doen horen, geldt dit als uitzondering op deze hoorplicht.¹⁹ De hier beschreven aanvullingen op de verzoekschriftprocedure van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die op de procedure tot het verkrijgen van een machtiging gesloten jeugdhulp van toepassing zijn, versterken de procedurele rechten van minderjarigen.

Minderjarigen met een kinderbeschermingsmaatregel kunnen, tenzij het gaat om een oordeelsbekwame minderjarige met gesloten jeugdhulp, op grond van de wet niet zelfstandig hoger beroep instellen tegen een machtiging uithuisplaatsing of een maatregel van ondertoezichtstelling.²⁰ Zij zijn derhalve voor het instellen van hoger beroep afhankelijk van hun wettelijke vertegenwoordiger of een bijzondere curator. Het beroep op een zelfstandig procesrecht door het zelf instellen van hoger

17 M.i. betekent dit voor de kinderrechter een motiveringsplicht: op welke wijze is de reactie van de minderjarige meegewogen en tot welke beslissing heeft dit geleid? Zie M.R. Bruning, 'De ondertoezichtstelling herzien – snellere bemoeienis met meer rechtswaarborgen', AA 2011-11, p. 787.

18 Zie ook M.R. Bruning 2015 (*T&C BW*), art. 1:265b BW aant. 6 onder 'art. 5 EVRM'.

19 Voor een spoedmachtiging gesloten jeugdhulp geldt dat art. 800 lid 3 Rv van toepassing is (art. 6.1.10 lid 3 Jeugdwet); dit betekent dat deze machtiging zonder vooraf horen van betrokkenen mag worden verleend, maar dat deze binnen veertien dagen alsnog gehoord moeten worden.

20 Zie o.m. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9229; tegen de machtiging gesloten jeugdzorg kon de minderjarige zelfstandig hoger beroep instellen, maar ten aanzien van het zelfstandig hoger beroep tegen de maatregel van ondertoezichtstelling werd hij niet-ontvankelijk verklaard.

beroep, mede gebaseerd op art. 12 IVRK, is herhaaldelijk in de rechtspraak verworpen.

4. Procedurele rechten van minderjarigen bij jeugdbescherming

Zoals uit het bovenstaande duidelijk is geworden, zijn voor de minderjarige die te maken krijgt met een jeugdbeschermingsprocedure volgens de wetgever twee belangrijke procedurele onderdelen te onderscheiden, te weten het recht om gehoord te worden en het recht op vertegenwoordiging in procedures door de wettelijke vertegenwoordiger(s) of een bijzondere curator. Hieronder zal nader worden ingegaan op deze twee onderdelen, waarbij aan de hand van onderzoek en jurisprudentie wordt geëvalueerd in hoeverre deze voldoende tegemoetkomen aan het recht om in procedures effectief betrokken te worden (art. 12 IVRK en art. 6 en 8 EVRM).

4.1. *Horen van minderjarigen*

Minderjarigen van twaalf jaar en ouder hebben in jeugdbeschermingszaken het recht om hun mening kenbaar te maken, tenzij het een zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft (art. 809 lid 1 Rv).²¹ Doorgaans gebeurt dit door te worden gehoord door de rechter. Voor minderjarigen jonger dan twaalf jaar geldt dat de rechter hen in de gelegenheid kan stellen hem hun mening kenbaar te maken op een door hem te bepalen wijze (art. 809 lid 1 Rv). De kinderrechter beslist hier doorgaans op verzoek van een minderjarige over.

De rechter zal de minderjarige moeten informeren over zijn hoorrecht, bijvoorbeeld door hem uit te nodigen. Het is nog maar de vraag of dergelijke uitnodigingen minderjarigen altijd bereiken en niet bijvoorbeeld door ouders achter worden gehouden. In elk geval geeft art. 809 Rv maar beperkte ruimte tot het afzien van het horen van minderjarigen. Nu komt het voor dat bijvoorbeeld de gecertificeerde instelling (tot 1 januari 2015 Bureau Jeugdzorg) een uitnodiging aan een minderjarige achterhoudt vanuit de gedachte dat een kindgesprek te belastend zou zijn. In een dergelijk geval waarin een veertienjarige daardoor niet door het hof werd gehoord, volgens Bureau Jeugdzorg omdat deze met een angststoornis kampte en in de war zou raken als hij zou worden geconfronteerd met het maken van keuzes, oordeelde de Hoge Raad dat het hof niet had mogen afzien van het opnieuw uitnodigen van de minderjarige om te worden gehoord toen duidelijk was dat de uitnodiging de minderjarige niet had bereikt, ook al was de minderjarige in eerste aanleg al door de kinderrechter gehoord.²² Het belang van de minderjarige om zijn mening kenbaar te maken, wordt door de Hoge Raad benadrukt. Voor zover de beslissing van het hof om de minderjarige niet opnieuw uit te nodigen

²¹ Het hoorrecht werd in 1982 wettelijk ingevoerd; *Stb.* 1982, 315.

²² HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1084, *NJ* 2014/24.

inhiield dat het horen niet tot een andere beslissing zou leiden, berustte dit volgens de Hoge Raad op een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.3.6). De rechter kan er slechts van afzien een minderjarige in de gelegenheid te stellen zijn mening kenbaar te maken, als naar zijn oordeel aannemelijk is dat de minderjarige wegens een ernstige lichamelijke of geestelijke stoornis niet in staat is zich een mening te vormen,²³ de minderjarige niet wil worden gehoord of te vrezen valt dat het bieden van die gelegenheid de gezondheid van de minderjarige zal schaden (r.o. 3.3.5). De Hoge Raad neemt het recht van minderjarigen om in jeugdbeschermingsprocedures betrokken te worden door hun mening te kunnen geven, en daarmee art. 12 IVRK, derhalve zeer serieus.²⁴

Het horen gebeurt doorgaans in de vorm van een 'kindgesprek', tenzij het gaat om een zitting over een machtiging gesloten jeugdhulp; in dat geval wordt de minderjarige van twaalf jaar of ouder, of jonger dan twaalf jaar en in staat tot een redelijke waardering van belangen, in beginsel in aanwezigheid van andere belanghebbenden gehoord.²⁵ In alle andere gevallen wordt de minderjarige in beginsel alleen, buiten aanwezigheid van anderen, gehoord, met uitzondering van zijn advocaat (indien de minderjarige door een advocaat wordt bijgestaan). Van het verhoor wordt geen proces-verbaal opgemaakt, tenzij het gaat om een zitting over gesloten jeugdhulp; in dat geval wordt een zakelijke weergave in het proces-verbaal opgenomen.²⁶ Tijdens de mondelinge behandeling geeft de rechter, nadat deze de minderjarige apart heeft gehoord, kort en zakelijk weer wat de minderjarige mondeling dan wel schriftelijk heeft verklaard.²⁷

In 2015 is door het LOVF-Hoven een professionele standaard kindgesprekken ontwikkeld. Hiermee wordt uniformering beoogd door een door alle gerechtshoven op hoofdlijnen gedeelde werkwijze vast te stellen voor kindgesprekken in familiezaken, waarbij aandacht is voor de vraag op welke wijze een kwalitatief goed en effectief kindgesprek kan plaatsvinden en aan welke voorwaarden moet worden voldaan.²⁸ In deze professionele standaard wordt aangegeven dat het doel van het kindgesprek is om uitvoering te geven aan het recht tot participatie en het recht om gehoord te worden. *'Informatievergaring is niet het primaire doel, maar vloeit*

23 NJ-annotator S.F.M. Wortmann benadrukt dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het voor wat betreft deze uitzondering zeer duidelijk moet zijn dat de minderjarige niet wil meewerken; het mag niet slechts naar het oordeel van de rechter aannemelijk zijn (noot onder HR 1 november 2013, NJ 2014/24).

24 Dit is opmerkelijk, omdat de Hoge Raad in de afgelopen jaren heeft laten zien het IVRK bepaald niet te omarmen; zie M.M.C. Limbeek & M.R. Bruning, 'Two decades of the CRC in Dutch case-law', in: T. Liefwaard & J. Doek (eds.), *Litigating the Rights of the Child*, Dordrecht: Springer Press, 2014, p. 89-104.

25 Procesreglement civiel jeugdrecht, par. 7.2.

26 Procesreglement civiel jeugdrecht, par. 7.2.

27 Procesreglement civiel jeugdrecht, par. 7.4; zie ook Procesreglement verzoekschriftprocedures familiezaken gerechtshoven, par. 2.4.9.

28 Professionele standaard kindgesprekken, LOVF-Hoven 24 maart 2015. Op te vragen bij de Raad voor de rechtspraak.

*onvermijdelijk voort uit het gesprek.*²⁹ Deze zienswijze is op zijn minst opmerkelijk; zou een kindgesprek nu juist niet bedoeld moeten zijn om, zoals art. 12 IVRK dit ook voorschrijft, de mening van het kind mee te kunnen wegen bij de te nemen beslissingen en aan deze mening passend gewicht te hechten in overeenstemming met de leeftijd en rijpheid van het kind? Informatievergaring is in dat licht toch juist van belang? De zienswijze om kinderen te horen terwijl informatievergaring niet het primaire doel is, lijkt de sfeer uit te ademen van het simpelweg afvinken van een verplichte stap in de procedure zonder deze stap de noodzakelijke betekenis te geven.

De Jong & Van der Zon onderzochten in 2014 en 2015 bij hoven hoe vorm wordt gegeven aan het kindgesprek tijdens procedures over uithuisplaatsing van minderjarigen. Zij observeerden bij vier gerechtshoven 59 uithuisplaatsingszaken, waarbij zij de zitting en – als dat plaatsvond – het kindgesprek observeerden en keken naar het dossier en de eindbeschikking. Uit hun bevindingen blijkt dat er door de gerechtshoven en zelfs door raadsheren nog verschillend wordt omgegaan met het kindgesprek.³⁰ Het blijkt dat het (met name voor de betrokken kinderen) niet altijd helder is waarover het kindgesprek gaat en welke plek het kindgesprek inneemt in de procedure en in de beslissing. De twaalfjaarsgrens voor het horen van minderjarigen wordt, zo blijkt uit het onderzoek, in de rechtspraktijk vrij strikt benaderd: slechts twee van de 57 kinderen jonger dan twaalf jaar participeerden in de procedure en dat was op eigen verzoek of via de advocaat van een meisje, dat gesloten geplaatst was, die bij de zitting aanwezig was.³¹ Ook wordt uit het onderzoek duidelijk dat in verreweg de meeste zaken in de beschikking geen woorden worden gewijd aan het kindgesprek dat heeft plaatsgevonden en/of aan de uitnodiging die is verstuurd. Het is de onderzoekers onduidelijk waarop deze keuze om het kindgesprek of de brief niet te noemen, gebaseerd is. In gesloten jeugdhulpzaken, waar minderjarigen een advocaat hebben, procespartij zijn en tijdens de zitting worden gehoord, wordt de mening van de minderjarige wel duidelijk weergegeven en wordt zorgvuldig gemotiveerd waarom aan de mening van de minderjarige al dan niet – doorgaans niet – gehoor wordt gegeven. Uit de onderzoeksresultaten blijkt niet alleen dat de uniformiteit bij kindgesprekken nog niet volledig is gerealiseerd. Tevens wordt duidelijk dat het horen van minderjarigen dan wel plaatsvindt zoals de wet dit voorschrijft en door de Hoge Raad is benadrukt, maar dat dit eerder vanuit een paternalistisch perspectief plaatsvindt dan vanuit de gedachte dat minderjarigen als zelfstandige

29 Professionele standaard kindgesprekken, p. 1. Zie ook M.P. de Jong-de Kruijf & K.A.M. van der Zon, 'Hoger beroep tegen een uithuisplaatsingsbeslissing en de rol van de minderjarige', *Trema* 2015, p. 298-307.

30 Zo verschilt bijv. het moment waarop de minderjarige wordt gehoord (op dezelfde dag als de ouders of juist een andere dag) en het aantal rechters dat met de minderjarige spreekt en verschillen de vragen die rechters stellen.

31 De onderzoekers vragen zich af of de 'kan-bepaling' (art. 809 Rv) in de praktijk wel echt leidt tot een serieuze afweging om deze kinderen te horen, zeker ten aanzien van kinderen van tien en elf jaar oud.

rechtssubjecten, afhankelijk van hun leeftijd en rijpheid, niet alleen mogen, maar zouden *moeten* participeren in beslissingen die hen aangaan, waarbij hun mening uitdrukkelijk wordt meegewogen.³² Voor minderjarigen jonger dan twaalf jaar geldt dat hun mogelijkheden tot het kenbaar maken van hun mening aan de rechter uiterst beperkt zijn. Slechts als zij eigen initiatief tonen en de rechter zelf verzoeken om gehoord te worden, wordt hier door een rechter over beslist, en zelfs dan komt het voor dat een verzoek om gehoord te worden, wordt afgewezen. Er blijken in de praktijk nog veel haken en ogen te zitten aan het recht van minderjarigen om gehoord te worden.³³

Het EHRM besliste recentelijk over klachten ten aanzien van art. 3 en 8 EVRM in een baanbrekende uitspraak ten aanzien van een ‘vechtscheiding’ waarbij ex-partners jarenlang over het hoofd van hun jonge dochter heen een juridische strijd voerden, van welke strijd het meisje ernstig de dupe werd. Het Hof oordeelde over het feit dat niet naar haar was geluisterd en leidde uit art. 8 EVRM (op grond van het *jura novit curia* principe) een recht op persoonlijke autonomie van minderjarigen af.³⁴ Dit recht wordt door het Hof voor volwassenen uitgelegd als het recht om zelfstandig keuzes te maken over de invulling van hun eigen leven, maar wordt voor kinderen anders gezien; kinderen ontberen de volledige autonomie die volwassenen hebben, maar zijn wel rechtssubjecten. Zij kunnen hun rechten niet zelfstandig uitoefenen. De autonomie van minderjarigen, die langzaam toeneemt met hun ontwikkelende rijpheid, wordt volgens het Hof ingevuld door hun recht om te worden betrokken en geraadpleegd, zoals art. 12 IVRK dat voorschrijft.³⁵ Aangezien de wens van het meisje om niet langer bij haar vader, maar bij haar moeder te wonen, mede vanwege het fysieke geweld en de psychische mishandeling door haar vader, door de verantwoordelijke autoriteiten is genegeerd

32 Zie ook J.E. Doek, die van mening is dat art. 12 IVRK betekent dat in Nederland meer recht moet worden gedaan aan de rechtspositie van de minderjarige en het recht om gehoord te worden door passend belang te hechten aan de mening van de minderjarige; het geheel ontbreken van wettelijke bepalingen die verlangen dat verantwoording moet worden gegeven van het belang dat is gehecht aan de mening van de minderjarige vindt hij onaanvaardbaar; J.E. Doek, ‘De herziening jeugdbescherming: IVRK-proof?’, in: M.R. Bruning & J. Kok, *Herziening kinderschermingsmaatregelen – commentaren op het voorontwerp van wet*, Deventer: Kluwer 2008, p. 27-39.

33 Overigens blijkt uit onderzoek wel dat minderjarigen die door de rechter zijn gehoord, zich ‘gehoord’ voelen (zie A.C. Enkelaar & M.E. van Zutphen, ‘De autonomie van het kind in de rechtszaak’, in: J.H. de Graaf e.a. (red.), *Rechten van het kind en autonomie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 171-186) en blijkt dat de mate waarin minderjarigen begrip vanuit de rechter ervaren sterk samenhangt met de mate waarin kinderen mening hebben gegeven; R. Ramlal & G.J. Stams, ‘De ervaringen van kinderen bij het minderjarigenverhoor in civiele zaken’, in: J.H. de Graaf e.a., *Rechten van het kind en waardigheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 179-190.

34 EHRM 5 september 2015, 10161/13, EHRC 2015/234, m.nt. Bruning (*M. & M./Kroatië*).

35 Hierbij verwijst het Hof ook naar General Comment nr. 12 (*‘The Right To Be Heard’*) van het VN-Kinderrechtencomité (par. 32).

en zij niet in de gezagsprocedure is gehoord, besliste het Hof tot een schending van art. 8 EVRM.³⁶ Hier valt uit af te leiden dat het recht om gehoord te worden voor elke minderjarige die in staat is tot het vormen en uiten van een eigen mening serieus moet worden genomen. Deze minderjarigen moeten gehoord worden, ook als zij jonger zijn dan twaalf, en hun mening moet serieus worden genomen. Zoals hierboven duidelijk werd, geeft dit aanleiding tot zorgen over het effectieve recht van minderjarigen om in Nederland gehoord te worden.³⁷

4.2. *Procesvertegenwoordiging van minderjarigen: ouders, bijzondere curator en advocaat*

Minderjarigen worden, zoals eerder is besproken, in beginsel in civiele procedures vertegenwoordigd door hun ouder(s) met gezag. Indien er sprake is van een belangenconflict in zaken over de verzorging en opvoeding of het vermogen van de minderjarige, kan de rechter op verzoek een bijzondere curator benoemen om de minderjarige te vertegenwoordigen (art. 1:250 BW).³⁸ Een dergelijk belangenconflict kan bestaan tussen minderjarigen die te maken krijgen met een maatregel van kindbescherming en hun ouder(s) met gezag. Oorspronkelijk was deze bepaling alleen van toepassing op vermogensrechtelijke aangelegenheden, maar vanaf 1995 is dit artikel uitgebreid tot 'zaken over de verzorging en opvoeding'.³⁹ De rechter moet bij de benoeming van een bijzondere curator beslissen of de benoeming noodzakelijk is in het belang van de minderjarige, mede gezien de aard van de belangenstrijd. Hiermee is bedoeld dat slechts bij wezenlijke zaken een

³⁶ Het meisje was tijdens de start van de procedure ruim negen jaar oud, en tijdens de procedure al twaalf jaar oud; er kon daarom volgens het Hof zeker van uitgegaan worden dat zij in staat was tot het vormen van een eigen mening en het uiten daarvan.

³⁷ De wetgever gaf echter in 2004 nog aan dat alle kinderen op hun rijpheid beoordelen alvorens een oproep tot horen wordt gedaan, niet in het belang lijkt van het kind en evenmin uitvoerbaar is. De leeftijdsgrens van twaalf jaar kan derhalve worden gezien als een indicatie van rijpheid en is in dat licht goed werkbaar voor rechters; zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 VI, nr. 16. Op 27 januari 2016 heeft de Minister van Veiligheid & Justitie echter op verzoek van D66 aangegeven te zullen bekijken of kinderen jonger dan twaalf jaar ook gehoord kunnen worden in echtscheidingszaken.

³⁸ Ook in afstammingszaken wordt de minderjarige vertegenwoordigd door een bijzondere curator die door de rechtbank wordt benoemd (art. 1:212 BW). In deze bijdrage wordt hier verder niet op ingegaan.

³⁹ M.M.C. Limbeek, 'De bijzondere curator: een volwaardig sluitstuk van rechtsbescherming?', in: J. H. de Graaf, C. Mak, P.J. Montanus & F.K. van Wijk, *Rechten van het Kind en Waardigheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, par. 2, p. 201-203. De minderjarige kan zelf een verzoek doen tot benoeming van een bijzondere curator en kan tegen een afwijzing zelfstandig hoger beroep instellen; zie HR 29 mei 2015, *NJ* 2015/293; vgl. HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0245.

bijzondere curator kan worden benoemd, ‘dit ter bescherming van de privacy van de ouders, die door een dergelijke benoeming wordt geschonden’.⁴⁰ In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat de rechter als een zeef is bedoeld en dat er een toetsingsgebod geldt: alleen werkelijk serieuze problematiek wordt aan een derde ter oplossing in handen gegeven.⁴¹ Deze zienswijze rijmt met het uitgangspunt van de wetgever in 1990 dat vermeden moet worden dat gezinsconflicten in een juridisch kader worden geplaatst.⁴² Een bijzondere curator zou derhalve slechts in bijzondere en uitzonderlijke omstandigheden moeten worden benoemd.

Met de wetwijziging van art. 1:250 BW in 2009 heeft de wetgever echter wel duidelijk gemaakt dat de bijzondere curator een grotere rol zou moeten spelen in echtscheidingsprocedures.⁴³ In 2012 maakte de wetgever (in reactie op het rapport van de Kinderombudsman over de bijzondere curator, waarover hieronder meer) duidelijk dat art. 1:250 BW ruim moet worden geïnterpreteerd. Van strijd tussen de belangen van het kind met zijn of haar ouder(s) of voogd(en) kan volgens de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie ook sprake zijn als bijvoorbeeld blijkt ‘dat de ouders niet in staat zijn het probleem van een kind te overzien en/of goed voor het voetlicht te brengen’.⁴⁴ Een ruime interpretatie is derhalve wenselijk, zolang het maar niet gaat om algemene opvoedingsproblemen; er moet sprake zijn van een concreet opvoedingsvraagstuk waarover een belangenconflict bestaat.⁴⁵

Uit het onderzoek van het Verweij-Jonker Instituut in 2003 naar het functioneren van de bijzondere curator blijkt dat er weinig gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om op grond van art. 1:250 BW een bijzondere curator te benoemen. Volgens de onderzoekers heeft dat deels te maken met de onbekendheid met de regeling en met het feit dat soms getwijfeld wordt aan de meerwaarde van een bijzondere curator.⁴⁶ Het onderzoek van de Kinderombudsman uit 2012 maakt opnieuw duidelijk dat te weinig gebruik wordt gemaakt van de art. 1:250-bijzondere

40 Zie J.H.M. ter Haar 2015 (*T&C BW*), art. 1:250, onder ‘voorwaarden en reikwijdte’; zie ook Jansen in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:250 BW, aant. 7 (online, laatst bijgewerkt op 1 november 2015).

41 Jansen in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:250 BW, aant. 7 (online, laatst bijgewerkt op 1 november 2015); *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 012, nr. 3 (MvT), p. 11.

42 *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 309, nr. 2 (notitie Rechtspositie minderjarigen), p. 19.

43 *Stb.* 2008, 500; zie ook Asser/*De Boer* 2010/819c.

44 *Kamerstukken II* 2012-2013, 31 753, nr. 53; de rechtsgrond van art. 1:250 BW hoeft volgens de wetgever niet te worden aangepast, aangezien deze reeds genoeg ruimte biedt om de belangen van het kind te waarborgen.

45 *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 012, nr. 5, p. 6; Zie ook M.M.C. Limbeek, ‘De bijzondere curator: een volwaardig sluitstuk van rechtsbescherming?’, in: J.H. de Graaf, C. Mak, P.J. Montanus & F. K. van Wijk, *Rechten van het Kind en Waardigheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 207 en HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4850.

46 M.J. Steketee, A.M. Overgaag & K. D. Lünemann, *Minderjarigen als procespartij? Een onderzoek naar de bijzondere curator en een formele rechtsingang voor minderjarigen*, Utrecht: Verweij-Jonker Instituut 2003.

curator.⁴⁷ Hoewel sprake is van meer benoemingen dan uit het onderzoek van het Verwey-Jonker Instituut bleek, is de bedoeling van de wetgever in 2009 om de bijzondere curator een belangrijker rol te laten spelen als belangenbehartiger van het kind in scheidingskwesties, zoals bij het opstellen van het ouderschapsplan, niet gerealiseerd.⁴⁸ Ook toont dit onderzoek aan dat kwaliteitsnormen ontbreken en evenmin landelijke afspraken voor rechters bestaan. Rechters blijken terughoudend bij verzoeken tot het benoemen van een bijzondere curator en wijzen dergelijke verzoeken regelmatig af. Ook oordelen zij verschillend over de rechtsgrond uit art. 1:250 BW. Zij geven zelf aan dat er te weinig benoemingen zijn. De Kinderombudsman vraagt verder aandacht voor de grote onbekendheid onder kinderen, ouders, (gezins)voogden, advocaten en rechters met de bijzondere curator en wijst op de financiële knelpunten bij benoeming.

Inmiddels is werk gemaakt van het ontbreken van landelijke afspraken en kwaliteitsnormen: het Landelijk Overleg Vakinhoud Familie- en Jeugdrecht (LOVF) heeft een ‘Werkproces Benoeming bijzondere curator op grond van art. 1:250 BW’ opgesteld,⁴⁹ en er wordt vanuit het veld gewerkt aan kwaliteitsnormen.⁵⁰ Naar aanleiding van de beide onderzoeken laat de verantwoordelijke minister weten dat de mogelijkheid tot benoeming van een bijzondere curator uit art. 1:250 BW voldoende ruimte biedt en er onvoldoende grond is om een formele rechtsingang voor minderjarigen in het burgerlijk recht te introduceren, aangezien niet blijkt dat de rechtspositie niet afdoende is geregeld.⁵¹ De huidige formulering van art. 1:250 BW biedt voldoende mogelijkheden om de belangen van het kind te waarborgen.⁵²

Niet alleen uit de hierboven genoemde rapporten wordt duidelijk dat de bijzondere curator slechts een marginale rol speelt in jeugdbeschermingszaken, ook uit de jurisprudentie blijkt dit. Limbeek laat met een jurisprudentieonderzoek zien dat er in jeugdbeschermingszaken terughoudendheid bestaat onder rechters om een bijzondere curator te benoemen.⁵³ Hoewel in enkele uitspraken een bijzondere curator is benoemd, wijst zij op verschillende uitspraken waarin een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator in dergelijke situaties juist werd afgewezen vanwege het feit dat de noodzaak tot benoeming niet bestond dan wel er volgens de rechter geen sprake was van een belangenstrijd.

In jeugdbeschermingszaken zijn doorgaans de volgende actoren betrokken: de ouders, een jeugdbeschermer van een gecertificeerde instelling, die verantwoordelijk

47 Kinderombudsman, *De bijzondere curator, een lot uit de loterij? Adviesrapport over waarborging van de stem en de belangen van kinderen in de praktijk*, Den Haag: Kinderombudsman 2012.

48 M.R. Bruning, ‘Bijzondere curator: we want more!’ (editorial), *FJR* 2012/9.

49 Zie www.rechtspraak.nl, onder Procedures/landelijke regelingen.

50 *Kamerstukken II* 2015-2016, 33 836, nr. 14, p. 20.

51 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 VI, nr. 16.

52 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012-2013, 31 753, nr. 56.

53 M.M.C. Limbeek, ‘De bijzondere curator: een volwaardig sluitstuk van rechtsbescherming?’, in: J.H. de Graaf, C. Mak, P.J. Montanus & F.K. van Wijk, *Rechten van het Kind en Waardigheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 211-216.

is voor de uitvoering van de maatregel, en soms (bij eerste verzoeken) een medewerker van de Raad voor de Kinderbescherming die de belangen van het kind in kaart moet brengen. In uitspraken waarin beslist wordt over de benoeming van een bijzondere curator, spelen de volgende argumenten nogal eens: a) de ouder is nog prima in staat om (de belangen van) het kind te vertegenwoordigen; b) de jeugdbeschermer of de medewerker van de Raad voor de Kinderbescherming heeft als taak de belangen van de minderjarige te bewaken; c) de minderjarige wordt gehoord door de rechter en bijstand door een bijzondere curator is daarom niet nodig. Toch gaat het juist in jeugdbeschermingszaken, misschien nog wel meer dan bij scheidingen, om een spanningsveld tussen de belangen van ouder(s), minderjarige en professionals die betrokken zijn bij een maatregel van kindbescherming. Zowel de belangen van ouder(s) als minderjarige moeten in het oog worden gehouden.⁵⁴ Tegelijkertijd gaat het bij een maatregel van kindbescherming om een forse inbreuk op het recht op respect voor gezinsleven (art. 8 EVRM) van de minderjarige, vooral als dit gepaard gaat met een uithuisplaatsing van de minderjarige. Mij lijkt dus alle reden te bestaan om vaker een art. 1:250-bijzondere curator te benoemen in dergelijke zaken.

Het is de vraag of voor minderjarigen die te maken krijgen met een uithuisplaatsing, geen procesvertegenwoordiging moet worden geregeld in de vorm van een bijzondere curator of advocaat. Wettelijk is het nu zo geregeld, dat slechts als het gaat om een verzoek tot een (voorwaardelijke) machtiging gesloten jeugdhulp, de oordeelsbekwame minderjarige een raadsman krijgt toegewezen en deze een zelfstandige procespositie heeft, aangezien het gaat om vrijheidsbeneming. Maar zijn de inbreuken op fundamentele rechten van minderjarigen die te maken krijgen met een uithuisplaatsing niet dermate fors, dat ook zonder het vrijheidsbenemende karakter van een plaatsing in een gesloten accommodatie nog voldoende aanleiding is om de minderjarige te laten bijstaan door een advocaat?

Vanuit verschillende hoeken is er gepleit voor een versterking van de rechtspositie van minderjarigen die met een uithuisplaatsing te maken krijgen. Zo adviseerden onderzoekers van de thematische wetsevaluatie 'Gedwongen Zorg' in 2014 dat jeugdigen, die te maken krijgen met een onvrijwillige plaatsing in een residentiële instelling, dezelfde rechtspositie zouden moeten krijgen als jeugdigen die te maken krijgen met een machtiging gesloten jeugdhulp. Ook jeugdigen die in een residentiële instelling (moeten) verblijven, worden daar namelijk aan regels onderworpen en in hun vrijheid beperkt, en het verschil in rechtspositie met jongeren in gesloten jeugdhulp is in die situatie volgens de onderzoekers niet te

54 J.H. de Graaf stelt dat het bij een kindbeschermingsmaatregel niet zo zeer gaat om een conflict tussen de minderjarige en de ouder, maar veeleer om een conflict met een derde die bij de maatregel is betrokken; de benoeming van een bijzondere curator is dan ook problematisch. Zij bepleit handelingsbekwaamheid voor minderjarigen die te maken krijgen met een kindbeschermingsmaatregel, zodat zij zich in rechte kunnen laten horen zonder dat ambtshalve toevoeging van een advocaat altijd nodig is. J.H. de Graaf, 'Laat de kinderen tot mij komen' – de vertegenwoordiging van het kind in rechte', in: J.H. de Graaf e.a. (red.), *Rechten van het kind en autonomie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 17-32.

rechtvaardigen.⁵⁵ Enkelaar en Van Zutphen wijzen erop dat in het strafrecht vrijwel altijd een advocaat wordt toegevoegd en in het civiele recht alleen in het geval van een gesloten uithuisplaatsing, terwijl een maatregel van ondertoezichtstelling drastische gevolgen kan hebben voor een minderjarige, bijvoorbeeld dat hij tegen zijn wil bij zijn ouders wordt weggehaald.⁵⁶ Zij pleiten voor het standaard toevoegen van een advocaat aan een minderjarige die met kinderbescherming te maken krijgt, aangezien deze als spreekbuis van het kind zal optreden in plaats van als belangenbehartiger die niet op instructies van het kind werkt, maar zelf de belangen van het kind vaststelt (zoals een bijzondere curator dat doet). Slechts voor minderjarigen die hun eigen wil nog niet kenbaar kunnen maken, is volgens hen een bijzondere curator gewenst. Feiner bepleit het vaker benoemen van een bijzondere curator voor minderjarigen die met een uithuisplaatsing te maken krijgen, zodat het recht van broertjes en zusjes om bij uithuisplaatsing zoveel mogelijk bij elkaar te blijven, meer aandacht kan worden gegeven, zoals uit art. 8 EVRM kan worden afgeleid.⁵⁷ Zou de toevoeging van een advocaat voor elke minderjarige die met een uithuisplaatsing te maken krijgt, of het hierbij toekennen van procesbekwaamheid aan minderjarigen, niet meer recht doen aan de procedurele eisen die volgens het EHRM voortvloeien uit art. 8 EVRM, en tevens tegemoetkomen aan internationale verplichtingen?⁵⁸ Zolang dit door de wetgever nog zo duidelijk wordt verworpen, zou mijns inziens de bijzondere curator veel vaker een rol moeten spelen.

5. Ten slotte

Aan het recht van minderjarigen om in kinderbeschermingsprocedures te participeren en gehoord te worden, is in Nederland in de wet invulling gegeven met het recht om te worden gehoord (in beginsel vanaf twaalf jaar of ouder) en met de mogelijkheid om bij een wezenlijk belangenconflict met de wettelijke vertegenwoordiger(s), doorgaans de ouder(s) met gezag, te kunnen worden bijgestaan door een bijzondere curator. Zelfstandige procesrechten, zoals het recht op inzage in de gedingstukken of het recht om zelfstandig hoger beroep in te stellen tegen een maatregel van kinderbescherming of een machtiging uithuisplaatsing, ziet de

⁵⁵ Legemaate e.a., *Thematische Wetsevaluatie Gedwongen Zorg*, Den Haag: ZonMW 2014, p. 357.

⁵⁶ A.C. Enkelaar & M.E. van Zutphen, 'De autonomie van het kind in de rechtszaal', in: J.H. de Graaf e.a. (red.), *Rechten van het kind en autonomie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 183-185. Zij pleiten er tevens voor dat elk kind onder de twaalf jaar het recht heeft te worden gehoord; de leeftijdsgrens van twaalf jaar voor het horen van minderjarigen moet worden losgelaten.

⁵⁷ R. Feiner, 'Wie toetst de rechten van broers en zussen op samenplaatsing bij uithuisplaatsing?', *NJB* 2015, nr. 2172, p. 3014-3020.

⁵⁸ Art. 12 IVRK, General Comments 12 en 14 van het VN-Kinderrechtencomité, de Richtlijnen voor Kinderen in Alternatieve Zorg (2009), die door de VN zijn verwelkomd, en de *Guidelines on Child-Friendly Justice* van de Raad van Europa. Zie ook M.R. Bruning & K. Van der Zon, 'Out of home, out of right? – rechten van minderjarigen bij uithuisplaatsing', *NTM/NJCM-Bulletin* 2013, jrg. 38, nr. 4 (special kinderrechten), p. 500-514.

wetgever niet als noodzakelijk onderdeel van de procedurele positie van minderjarigen. Uit jurisprudentie kan worden afgeleid dat rechters dergelijke zelfstandige procesrechten ook niet als onderdeel zien van art. 6 EVRM en art. 12 IVRK. Alleen als het gaat om plaatsing in gesloten setting, krijgt de oordeelsbekwame minderjarige een raadsman toegewezen en heeft hij een zelfstandige rechtspositie. Minderjarigen van twaalf jaar en ouder hebben tevens het recht op inzage en afschrift van door de Raad voor de Kinderbescherming, het OM of een door een deskundige op verzoek van de rechter overgelegde bescheiden (art. 811 Rv), maar hebben dit recht niet voor zover het om andere processtukken gaat (art. 290 Rv).

Er wordt regelmatig gepleit voor een versterking van de procedurele positie van minderjarigen in civiele zaken. Pogingen van minderjarigen om voor de rechter hun gelijk te halen en zelfstandige rechten toegewezen te krijgen, hebben vooralsnog nauwelijks tot succes geleid en lijken gedoemd te mislukken, mede op basis van beperkte wettelijke mogelijkheden hiertoe. Juist als het gaat om jeugdbeschermingsmaatregelen hoop ik duidelijk te hebben gemaakt ook zelf aanleiding te zien voor een versterking van deze procedurele positie. Zowel de wetgever als de Hoge Raad benadrukken het recht van minderjarigen om gehoord te worden en om indien noodzakelijk te worden bijgestaan door een bijzondere curator als invulling van hun recht om te participeren in beslissingen die hen aangaan. Hiermee zou voldoende tegemoet worden gekomen aan de internationale verplichting om dit recht te garanderen; de wil tot versterking van de procedurele rechtspositie door het zelfstandig uitoefenen van procedurele rechten was en is niet aanwezig. Gebleken is echter dat in de uitvoeringspraktijk nogal wat haken en ogen zitten aan de invulling van het recht om gehoord te worden (de wijze waarop wordt gehoord en de bedoeling van het horen) en de daadwerkelijke mogelijkheid tot ondersteuning door een bijzondere curator. De aandacht zou veel meer gericht moeten zijn op wat het doel is van het horen en wat de invloed is van de mening van het kind op rechterlijke beslissingen. Wettelijke beperkingen staan een verdergaande implementatie het recht op participatie van minderjarigen in jeugdbeschermingsprocedures in de weg (recht om gehoord te worden pas vanaf twaalf jaar of ouder; geen recht op inzage in alle processtukken).⁵⁹ Er is kortom alle reden tot een grondige herbezinning op de procedurele positie van minderjarigen in jeugdbeschermingszaken.

59 Hoewel het voor deze bijdrage te ver voerde om tevens op de Jeugdwet in te gaan, zijn er in deze wet ook belangrijke verschillen te constateren in de mogelijkheden van minderjarigen om zelfstandig op te komen tegen diverse beslissingen en is de wet niet eenduidig voor wat betreft de gehanteerde leeftijdsgrenzen. Ook worden in de Jeugdwet verschillende leeftijdsgrenzen gehanteerd ten opzichte van Boek 1 BW en Rv (zie M.R. Bruning, S. Rap & D. Verkroost, *Kansen en momenten voor participatie in het jeugdhulptraject – eerste deel van een onderzoek naar de participatie van kinderen in de jeugdhulpverlening*, 2016, www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/privaatrecht/17032016-kansen-en-momenten-voor-participatie-in-het-jeugdhulptraject-2.pdf). Nu de Jeugdwet zo nauw verweven is met Boek 1 BW en Rv ten aanzien van maatregelen van kindbescherming, is er te meer reden tot nadere bezinning ten aanzien van procedurele rechten van minderjarigen bij jeugdbescherming.

Verkapt incidenteel appel: tegenspraak in vermomming

Mark de Folter¹

Wie zich verdiept in het werk van Henk Snijders, zal snel merken dat hij iemand is die het belang en de waarde van zijn eigen vak en professie zeker kan relativeren en die het recht als het ware van een afstandje kan bekijken. Tijdens hoorcolleges, in zijn annotaties voor de *NJ*, maar ook in een gewichtige monografie over het civiele hoger beroep merkt hij op dat de toenemende veelheid van regels, uitzonderingen, en weer uitzonderingen daarop het betreffende onderdeel van het recht kunnen laten groeien tot een welhaast onbeheersbare rijstebrijberg, tot een rechtsgebied waar vrijwel niemand meer de weg weet en slechts enkelen zich kunnen koesteren in het besef dat alleen zij toegang hebben tot een ware mandarijnenwetenschap. Een mooi staaltje van deze kritische werkhouding biedt het volgende citaat.

‘Moge dit commentaar afgesloten worden met een verzuchting. Andermaal is zich op een deelterrein van het recht schier eindeloze rechtspraak aan het ontwikkelen. De hanteerbaarheid van het appelprocesrecht neemt hiermee verder af. De kans op cassatie neemt intussen toe. Men zou willen dat het binnen de grenzen van de eisen van hoor en wederhoor aan de discretie van de appelrechter wordt overgelaten te bepalen of er in een bepaalde zaak aanleiding is voor een uitzondering op de in beginsel strakke regel, zodat de aandacht verlegd wordt van de vraag wat nog behandeld kan worden naar de behandeling zelf.’²

I. Probleemstelling of leidmotief?

Henk Snijders schaaft zich hiermee achter een verzameling juristen die twijfel koesteren omtrent de hanteerbaarheid van regels zodra deze regelgeving te gecompliceerd of te subtiel van aard wordt.³ Kan zijn citaat worden beschouwd als

¹ Mr. dr. M.O.J. de Folter is juridisch adviseur.

² Zie Wendels-Snijders, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009 (4e druk), nr. 162, p. 157 slot. Het betreft de slotbeschouwing naar aanleiding van het arrest HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M. Maeijer en H.J. Snijders; *JBPr* 2008, nr. 3, m.nt. B.T.M. van der Wiel; *MvV* 2008, p. 231, m.nt. E.J. Bellaart (*Willemsen-NOM*).

³ Een bekende bundel waarin dit onderwerp van verschillende zijden door zeer gerenommeerde rechtsgeleerden wordt belicht, is getiteld: *De hanteerbaarheid van het recht. Bundel opstellen aangeboden aan mr. L.D. Pels Rijcken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

een probleemstelling, waarbij de begrippen rechtsverfijning contra praktische juridische hanteerbaarheid met elkaar worden vergeleken? De in opzet uitermate eenvoudige regeling van onrechtmatige daad in het Burgerlijk Wetboek (oud) luidde: 'Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.' De Hoge Raad heeft in zijn befaamde arrest HR 31 januari 1919, NJ 1919/161 (*Lindenbaum/Cohen*) aan deze bepaling een nieuwe dimensie gegeven door toevoeging van een geheel nieuwe categorie, namelijk: 'maatschappelijke zorgvuldigheid'. Mij schijnt het niet toe dat Henk Snijders ooit de rechtsontwikkeling van het leerstuk onrechtmatige daad in twijfel heeft getrokken, die toch ook beschouwd kan worden als een vorm van rechtsverfijning. Zijn kritiek spitst zich toe op het appelprocesrecht. Het civiele procesrecht wijkt op dit punt enigszins af van de normstelling van het materiële recht.

Uitgaande van het voorbeeld van de onrechtmatige beschadiging van bijvoorbeeld iemands eigendom dat volgens de regels van het civiele recht een onrechtmatige daad oplevert, maakt het voor het procesrecht niet veel verschil welke (civiele) norm in het proces naar voren wordt gebracht. Het doel van het civiele procesrecht is zorg te dragen voor de verwezenlijking van het materiële burgerlijke recht, dan wel de schending van het civiele recht ongedaan te maken. Door middel van het civiele proces wordt het civiele recht geëffectueerd. Het gaat naar mijn mening overigens te ver om te stellen dat het civiele proces geen doel in zichzelf kent.⁴ Het praktisch resultaat of zo men wil bijkomend gevolg van civiel procederen is onder meer conflictbeslechting, maatschappelijke pacificatie en het tegengaan van eigenrichting. Bovendien kan gewezen worden op het vele 'nieuwe' recht dat door rechters gecreëerd wordt in rechterlijke uitspraken waarbij een nieuwe rechtstoestand in het leven wordt geroepen. Met deze vorm van rechtspraak draagt de rechter bij aan het reguleren van beschadigde of verstoorde relaties. Denk aan het veelvoorkomende vonnis tot echtscheiding in combinatie met een omgangsregeling. De door rechters in tal van zaken op te leggen maatregelen, dienen zorgvuldig te zijn en passend bij de bijzondere omstandigheden van het geval. Het procesrecht kan getoetst worden aan de uitoefening en de resultaten in de praktijk. Advocaten en andere 'praktizijns' moeten via het procesrecht hun zaken en verzoeken aan de rechter kunnen voorleggen. De toegang tot de rechter en tot het recht zelf dient gewaarborgd te zijn door een maatschappelijk verantwoord systeem, waarbij overbodige kosten, onnodige vertraging worden voorkomen en aan de zaak gerelateerde deskundigheid een vaststaand gegeven is. Hanteerbaarheid van het procesrecht is mijns inziens een inherente kwaliteitseis.

4 Aldus expliciet Th.B. Ten Kate, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W. Heemskerk e.a., *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 71-82. Evenzo bijv. J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel II (Vervolg)*, Deventer: Kluwer 1995, nr. 31, p. 19 en in België K. Wagner, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen: Maklu 2007, p. 28-29.

Een verdere beperking van het 'speelveld' van het citaat van Snijders volgt uit de terugkoppeling naar de procedure in hoger beroep. Het civiele appel kent een eigen karakter en dynamiek. Het gaat om een proces in tweede instantie, waarbij het aan partijen van de eerste aanleg de gelegenheid biedt de rechterlijke beslissing in eerste instantie aan te vallen. Uitgangspunt van deze tweede instantie is een herhaling van de eerste aanleg.⁵ Kenmerkend aan de procedure in hoger beroep is dat het door één actieve partij gevoerd kan worden, namelijk de partij die zich niet kan verenigen met het vonnis in eerste aanleg. Diens wederpartij kan volstaan met het verweer dat het vonnis a quo in stand dient te blijven. Theoretisch voorstelbaar is dat beide partijen uit de eerste aanleg een dagvaarding in hoger beroep instellen en gelijktijdig voeging van zaken verzoeken.⁶ Het voornaamste bezwaar hiervan is dat de verwerende partij in appel in deze opzet onnodige kosten maakt. De contradagvaarding kan op grond van proceseconomie achterwege blijven.⁷ Het proces in hoger beroep kan dus in zijn 'normale vorm' beschouwd worden als een herzieningsproces op wens van de verliezende partij in eerste aanleg. In reactie hierop kan de wederpartij zijnerzijds appel instellen. Een dergelijk appel, dat in de gebruikelijke gang van zaken achterwege blijft, wordt incidenteel appel genoemd. Tegenwoordig wordt het incidenteel appel niet meer tot de incidenten gerekend.⁸ Het initiatief van de appellant ten principale om hoger beroep in te stellen heeft processueel tot gevolg dat diens wederpartij een afhankelijke positie inneemt. Het incidenteel appel kan alleen ontstaan als gevolg van het principaal appel en is van oorsprong afhankelijk van dat appel.⁹ Het incidenteel appel kan zelfstandig functioneren en de afhankelijkheid van het incidenteel appel heeft grotendeels

5 Uitzonderingen zijn vermeerdering en verandering van eis in hoger beroep sinds 1952 (Wet van 23 april 1952; *Stb.* 204); het verschijnsel dat zaken beoordeeld worden op grond van de feitelijke situatie zoals deze laatstelijk kenbaar is aan de rechter. Denk aan alimentatiebeschikkingen.

6 Via art. 222 Rv of rolvoeging. Dit voorbeeld is ontleend aan Stein/Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 226.

7 Ras-Hammerstein merkt op dat dit de consequentie is van het laten vallen van de eis van incidenteel appel en het weglaten van het vereiste dat het verweer of de grond is gehandhaafd. Zie Ras-Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2001, p. 71. Een ander bezwaar is dat de afstemming van een gelijktijdig appel tussen sterk aan elkaar vijandige partijen ernstige problemen kan opleveren.

8 Historisch neemt Van Boneval Faure een tussenpositie in: 'Het incidenteel hoger beroep behoort zeker tot de incidenten, doch, terwijl het geen nieuw element in het geding brengt, maar integendeel beoogt de zaak, die door het principaal beroep slechts gedeeltelijk aan het oordeel van de hogere rechter onderworpen ware, nu in haar gehele omvang tot onderwerp van het geding te maken, is het mij voorgekomen, dat de voorstelling van de loop van het geding aan duidelijkheid zou winnen, wanneer ik, gelijk ik deed, het incidenteel beroep tegelijk met het principaal beroep besprak.' Zie R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht, Deel V*, Leiden: Brill 1900, p. 153.

9 Aldus bijv. Van Rossem-Cleveringa, *Burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972, aant. 4 op art. 339, noten 1 en 6.

plaatsgemaakt voor een vergaande zelfstandigheid.¹⁰ Op grond van het voorgaande concludeer ik dat het gememoreerde citaat van Snijders eerder een leidmotief is dan een ware probleemstelling; of wellicht een probleemstelling met forse beperkingen. Wat zeker opvalt is dat Snijders kennelijk veel ruimte wil laten aan de appelrechter, mits: 'binnen de grenzen van de eisen van hoor en wederhoor'. Het beroep op dit beginsel keert terug bij de bespreking van het incidenteel appel.¹¹ Maar eerder wordt opgemerkt: 'De huidige rechtspraktijkleer dient de proces-economie: men bespaart de geïntimeerde de kosten van een appeldagvaarding en men loopt niet op tegen de procedurele complicaties bij appellen over en weer.'¹² Wat is nu typerend voor het incidenteel appel? Handhaving van hoor en wederhoor of proceseconomie?

2. Verkapt appel

Over het algemeen is de strekking van het woord 'verkapt' niet onverdeeld gunstig. Het betekent zoiets als stiekem, verborgen, bedekt, verholen of gecamoufleerd. Wordt een dergelijk begrip verbonden aan de procesfiguur van het incidenteel appel dan zou men kunnen verwachten dat het gaat om een stiekeme, oneigenlijke manier van procederen, een beetje achterbaks, niet met open vizier en in elk geval niet transparant. Dat gaat zeker op voor het verschijnsel 'verkapt appel', maar juist niet voor het verkapt incidenteel appel.

Het verkapt appel doet zich voor zodra appellant in beroep komt van een zaak, waartegen geen rechtsmiddel (meer) openstaat. Verkapt appel staat gelijk aan schending van het gesloten systeem van rechtsmiddelen. Via een slinkse procedurele weg wordt toch bereikt dat opnieuw de zaak wordt voorgelegd aan de rechter in hoger beroep. Er zijn mijns inziens drie categorieën van verkapt appel aanwijsbaar.

De eerste groep wordt gevormd door procedures waarvan de wetgever de rechtsgang bekort heeft door het uitsluiten van de mogelijkheid van appel (en/of cassatie). Een bekend voorbeeld was de procedure tot ontbinding van de arbeids-overeenkomst, maar sinds het recentelijk vervallen van art. 7:685 lid 11 BW is appel

¹⁰ Zeer duidelijk hierover Wendels-Snijders 2009, p. 139: 'Inmiddels is de rechtspraak aldus gevestigd dat het incidenteel appel ongeacht het processuele lot van het principaal appel behandeling, tenzij het principaal appel strandt op nietigverklaring van de appeldagvaarding... dan wel niet binnen de appeltermijn is ingesteld' met verwijzing naar HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/606, m.nt. H.E. Ras (*Zoontjens-Kijlstra*). Hoe het dan toch nog mis kan gaan blijkt uit het arrest HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2828, *NJ* 2003/417. Voorts F. Bakels, A. Hammerstein & E. Wesseling-Van Gent, *Asser procesrecht, Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012, p. 185-187.

¹¹ Zie Wendels-Snijders 2009, nr. 174, slot.

¹² Zie Wendels-Snijders 2009, nr. 144, slot.

en cassatie in deze procedure voortaan wel mogelijk.¹³ Toch kan men nog genoeg wetsbepalingen vinden waar een dergelijk drastische beperking van het appel en cassatie is voorgeschreven, bijvoorbeeld art. 7:262 BW. Op grond van deze regeling kan de verhuurder of huurder nadat de huurcommissie een uitspraak heeft gedaan over bijvoorbeeld de redelijkheid van de aanvangshuurprijs, zich wenden tot de kantonrechter. De kantonrechter zal dan een uitspraak doen omtrent het oordeel van de huurcommissie. Vanwege het appelverbod vermeld in art. 7:262 lid 2 BW staat tegen de beslissing van de kantonrechter geen hoger beroep of cassatie open.¹⁴

Een tweede categorie wordt gevormd door procedures die concurrerend zijn met de gewone rechtspraak door de overheidsrechter. Een voorbeeld biedt de verhouding van overheidsrechtspraak ten opzichte van arbitrage. In dit geval zijn appel en cassatie niet door de wetgever uitgesloten, maar neemt de overheidsrechter een terughoudende positie in ten aanzien van de toetsing van arbitrale uitspraken. Zie voor de mogelijkheid van vernietiging ex art. 1065 Rv bijvoorbeeld HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, *NJ* 2010/171, m.nt. H.J. Snijders en *JBPR* 2009/54, m.nt. R.P.J.L. Tjittes, waar geoordeeld werd: ‘Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 17 januari 2003, hangt de vereiste terughoudendheid van de burgerlijke rechter onder meer hiermee samen dat een procedure op de voet van art. 1065 niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en dat de overheidsrechter gelet op het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging slechts in sprekende gevallen op grond van strijd met de openbare orde mag ingrijpen. Voor een terughoudende toepassing van art. 1065 lid 1, onder e, Rv. is echter geen plaats wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het recht van hoor en wederhoor (HR 25 mei 2007, nr. Co6/037, *NJ* 2007, 294).’

Een derde categorie wordt gevormd door de procedures die een beperkt vervolg vormen op de hoofdzaak, het geding ten principale. Hierbij heb ik het oog op executiegeschillen. Het staat de rechter niet vrij om in een executiegeschil nogmaals inhoudelijk in te gaan op hetgeen door de rechter ten principale reeds behandeld en beslist werd. Jansen formuleert het aldus: ‘Het executiegeschil kan slechts handelen over de wijze van executie, alsmede over de rechtmatigheid en de opportuniteit daarvan; doch het laat het geëxecuteerde of te executeren vonnis intact; het is dan ook niet te beschouwen als een verkapt appel.’¹⁵ Gelijkluidende opvattingen overheersen in de rechtspraak. Een uitgebreide toelichting is te vinden in de uitspraak van Hof

¹³ Voor menigeen was dit appel- en cassatieverbod een steen des aanstoots. Zie bijv.

B.D. Hengstmengel & A.C. Mahabiersing, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens “verzuim van essentiële vormen”’, *TAP* 2009-6, p. 229-237.

¹⁴ Zie voorts hierover HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5666, *NJ* 2014/235, m.nt.

J.L.R.A. Huydecoper; *WR* 2013/118, m.nt. A.M. Kloosterman.

¹⁵ Zie F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 27; met instemming H. Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 271 e.v.

Leeuwarden 13 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN3951: ‘Krachtens vaste jurisprudentie (zie met name HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145) heeft het volgende te gelden. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen brengt mede dat in een executie-geschil geen inhoudelijke bezwaren tegen een uitspraak aangevoerd kunnen worden, behoudens die, welke nopen tot het oordeel dat sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Dit laatste kan zich voordoen als de te executeren beslissing klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust, of indien na de uitspraak opgekomen feiten klaarblijkelijk een noodtoestand doen ontstaan voor de geëxecuteerde, zodat onverwijld tenuitvoerlegging onaanvaardbaar is. Een executie kort geding kan derhalve geen verkapt hoger beroep zijn.’¹⁶

3. Verkapt incidenteel appel

Het verkapte karakter van het aanhangig maken van een procedure is voor de rechter een motief om de ingeslagen weg onmiddellijk te blokkeren. Dit ligt geheel anders bij het verkapt incidenteel appel. Hoewel qua woordkeuze en toonzetting gelijklopend is het verkapt incidenteel appel voor appelrechters reden om een nader onderzoek in te stellen naar de bedoeling van incidenteel appelland. Zoals hiervoor gereleveerd is het incidenteel appel afhankelijk van het principaal appel. Dit afhankelijke karakter is gegeven door het feit dat de principaal appelland de eerste is geweest die tegen het vonnis heeft geappelleerd. De appelland zal daarvoor zijn redenen hebben, bijvoorbeeld dat hij verliezende partij was in eerste aanleg. Het incidenteel appel is niet alleen gebaseerd op een afhankelijke relatie, maar ook reactief. Het vormt een reactie van verweerder op hetgeen appelland aanvoert in tweede aanleg. Appelrechters die de indruk krijgen dat de verweerder grieven aanvoert of op enigerlei wijze van zijn kant eveneens het vonnis uit de eerste aanleg wenst aan te tasten, zal hetgeen verweerder (geïntimeerde) aanvoert processueel kwalificeren als een verkapt incidenteel appel en in beginsel als toelaatbaar. Zo oordeelde Hof 's-Hertogenbosch 13 augustus 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN4024: ‘Hoewel geïntimeerde in de kop van de memorie van antwoord niet aangeeft dat hij bij die memorie tevens incidenteel appel instelt, is uit de tekst van de memorie van antwoord voldoende kenbaar dat geïntimeerde zich op het standpunt stelt volledig aan de veroordeling te hebben voldaan en dat hij dit als grief tegen het aldus bestreden vonnis aanvoert. Het hof beschouwt dit dan ook als een verkapt incidenteel appel.’ Op grond van de interpretatie van hetgeen door geïntimeerde naar voren wordt gebracht, dat wil zeggen door uitleg van de gedingstukken, signaleert de rechter of inderdaad een verkapt incidenteel appel is ingesteld. De uitkomst kan ook negatief zijn, zoals in het arrest Hof Amsterdam 2 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1247: ‘Geïntimeerde heeft nog terloops in haar memorie van antwoord aangevoerd dat zij ondanks de

¹⁶ Evenzo onder meer Hof 's-Hertogenbosch 12 november 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK3128; Hof 's-Gravenhage 21 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2271; Rb. Arnhem 8 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ0646; Rb. Rotterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1972.

afwijzing ervan door de rechtbank wel recht heeft op de door haar gemaakte advocaatkosten en dat het hof op grond van de devolutieve werking de advocaatkosten alsnog zou moeten toewijzen. Nu in het eerste processtuk een kenbare grief ontbreekt, is geen sprake van een (verkapt) incidenteel hoger beroep dat nodig is om de beslissing van de rechtbank op dit onderdeel aan te tasten. Appellante heeft de opmerking van geïntimeerde evenmin als een incidenteel appel opgevat. Het hof passeert het betoog daarom.’ Wordt in deze uitspraak sterk de nadruk gelegd op het karakter van eventuele grieven die door geïntimeerde zijn aangevoerd, in de uitspraak van Hof Leeuwarden 13 augustus 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX4396 wordt vooral gekeken naar de vraag of een wijziging van het dictum in eerste aanleg wordt beoogd: ‘Waar geïntimeerde in de punten 89 e.v. van de memorie van antwoord nog de gronden van haar eis heeft aangevuld – naar het hof begrijpt zonder daarmee een wijziging in het dictum van het beroepen vonnis na te streven, zodat in zoverre geen sprake is van een (verkapt) incidenteel appel – zal het hof daaraan voorbij gaan...’¹⁷

Appelrechters hebben niet alleen de bevoegdheid om een verkapt incidenteel appel op te merken, zij moeten daarop zelfs letten willen ze niet in aanvaring komen met de devolutieve werking van het appel. Een duidelijk voorbeeld hiervan biedt het arrest HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1690, waarin het betreffende hof de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep te beperkt had getrokken door te oordelen dat de draagkracht van de man de door de rechtbank vastgestelde partneralimentatie van € 560,- per maand toelaat. Het hof verzuimde te onderzoeken of de draagkracht van de man een hogere partneralimentatie toelaat. Het hof was kennelijk van oordeel dat deze kwestie niet tot de rechtsstrijd in hoger beroep behoorde. Volgens de Hoge Raad had ‘daarmee het hof miskend dat in het verweerschrift van de vrouw in hoger beroep een incidenteel appel met betrekking tot de draagkracht van de man besloten lag’.¹⁸ In bovenvermelde zaak was het verkapt incidenteel appel vrij duidelijk aanwijsbaar. Soms kan het onderkennen ervan nogal lastig en bedrieglijk zijn. Zeker wanneer de grieven ingebed zijn in een vermeerdering of wijziging van eis, die is opgenomen in een memorie van antwoord ziet de rechter zich gesteld voor de vraag of de memorie van antwoord een verkapt incidenteel beroep bevat of dat de wijziging van eis plaatsvindt op grond van art. 130 jo. art. 353 Rv.¹⁹ Het is aan de appelrechter als feitenrechter

¹⁷ Indien er meerdere verweerders in het appel betrokken zijn, komen zij ook in aanmerking voor een verkapt incidenteel appel. Derden die nog niet in de procedure betrokken zijn geweest, kunnen tussenkomen. Zie art. 217 jo. art. 353 Rv; alsmede M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & interventie*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 150. Vgl. Rb. 's-Gravenhage 17 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ8446.

¹⁸ Zie voor verdere verwijzingen de conclusie van A-G Van Peursem, sub 10 en 11. De fixatie van partneralimentatie kan extra problemen opleveren door het veranderlijke karakter van de inkomsten van de partner. Zie art. 1:401 BW alsmede conclusie A-G Wissink in ECLI:NL:PHR:2011:BP9875, overweging 2.9.

¹⁹ Zie ook Wendels-Snijders 2009, p. 153.

voorbehouden om hierover te oordelen, zij het dat in cassatie de begrijpelijkheid ervan kan worden getoetst.²⁰ Het opnemen van een verkapt incidenteel appel in een eiswijziging brengt als bijzonder risico mee dat de grieven als tardief gepasseerd kunnen worden.²¹

4. Tegenstrijdig systeem?

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat in elk geval taalkundig een zekere tegenstrijdigheid optreedt. Een verkapt appel is per definitie negatief te beoordelen, terwijl een verkapt incidenteel appel zeker gehonoreerd moet worden door de appelrechter tenzij het te laat is aangevoerd of vanwege andere procedurele bezwaren moet worden geweerd. De constatering dat daadwerkelijk een incidenteel appel is ingesteld, zij het verkapt, wordt gebaseerd op de rechterlijke interpretatie van de gedingstukken. Geen twijfel bestaat over de vraag wie of wat als ‘boosdoener’ van deze processuele complicaties in appel kan worden beschouwd: de veel geroemde devolutieve werking.²² De devolutieve werking wordt vaak gezien als een stelsel van rechtsbescherming.²³ De Hoge Raad lijkt daarvan ook uit te gaan in de volgende overweging: ‘Voor de bescherming die met dat stelsel aan de geïntimeerde wordt gegeven, bestaat, wat betreft tussenvonnissen, geen reden in het geval dat de geïntimeerde zelf eerder tussentijds beroep van die tussenvonnissen heeft ingesteld, voor welk beroep voor haar alleen reden kon bestaan in verband met het feit dat de in die vonnissen vervatte oordelen konden leiden tot een voor haar ongunstige beslissing omtrent de ingestelde vordering. Er is daarom geen grond bedoeld stelsel ook in dit geval toe te passen.’²⁴

Maar is het wel juist om te spreken van een stelsel van rechtsbescherming? Zou het niet nauwkeuriger zijn uit te gaan van de tegenspraak van de wederpartijen uit eerste aanleg, die immers vanwege de inhoud van het vonnis in eerste aanleg en de daaraan verbonden uitkomst hebben afgezien van het instellen van appel, althans

20 Evenzo Ras-Hammerstein 2011, nr. 81. Zie ook HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:Alo367, NJ 2005/104, m.nt. W.D.H. Asser; JBPR 2004, nr. 12, m.nt. F.J.H. Hovens.

21 Zie onder meer Hof Leeuwarden 30 mei 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AX6264, JBO 2006/83, m.nt. J. Bos.

22 A. Hammerstein, ‘Appelrechters kunnen veel van elkaar leren’, TCR 2014, p. 71-75, slot beschouwt de devolutieve werking als een proceseconomisch wonder.

23 Aldus expliciet W.L. Valk, ‘Rechtsbescherming in het appelprocesrecht’, in: *Eén procesrecht, over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 26.

24 Aldus HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3160, NJ 2012/582, m.nt. H.B. Krans; JBPr 2012, nr. 41. Een ander voorbeeld van beperking van de devolutieve werking biedt het arrest HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8512, NJ 2012/583, m.nt. H.B. Krans. Volgens Hammerstein 2014, p. 71 is de laatstgenoemde uitspraak een misser: ‘Soms raakt de onderzeker zelf verstrikt in de netten van deze weerbarstige materie, zoals in de zaak Fafanie/KSN het geval lijkt te zijn.’

van het als eerste betrokken partij appelleren van deze beslissing? De consequentie hiervan is dat de ogenschijnlijke tegenstrijdigheid verdwijnt en zich oplost in de vraag in hoeverre het geding in eerste aanleg voortgezet dient te worden. Daarmee keer ik terug naar het inleidende citaat van dit artikel. In de stijl van Henk Snijders concludeer ik dat het recht gebaat is bij hanteerbaarheid en dat met alle lof voor de proceseconomie en met alle respect voor het beginsel van hoor en wederhoor appelrechters niet bepaald koudwatervrees hoeven te hebben voor de devolutieve werking; het is geen spook, geen torpedo, ook geen doos van Pandora, maar een hernieuwde kennismaking met het processueel debat van de eerste aanleg.

De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten

Ruben de Graaff¹

I. Inleiding

Bijna een kwart eeuw geleden trad de kern van het nieuwe vermogensrecht in werking. Sindsdien worden privaatrechtelijke rechtsverhoudingen beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, aan de hand waarvan de tussen partijen geldende rechtsregels kunnen worden uitgelegd, aangevuld en gecorrigeerd. Ook al ging het voornamelijk om een codificatie van bestaande rechtspraak over de goede trouw, waarin bovendien al werd geanticipeerd op de komst van het Nieuw BW, toch was het opnemen van de open begrippen redelijkheid en billijkheid op diverse plaatsen in de Boeken 3, 5, 6 en 7 volgens Snijders van belang:

‘De waarde van deze metabepalingen is hierin gelegen dat zij de rechter houvast geven bij moeilijke vragen van rechtsvinding. Dat geldt zonder meer voor een bepaling als artikel 3:12 BW, die de tandem van redelijkheid en billijkheid voorziet van bronnen waaruit te putten valt. Het geldt evenzeer, zij het in andere zin, voor een bepaling als artikel 6:2 lid 2 BW, die de rechter met zoveel woorden legitimeert tot afwijking van dwingende wetgeving in een hem voorgelegd geval en bovendien structuur en context aanbiedt voor de nadere invulling van de tandem redelijkheid en billijkheid. Informatie, legitimatie, positionering en structurering; dat zijn meer in het algemeen de functies van deze tandem in onze wetgeving en in het bijzonder ook in ons huidige Burgerlijk Wetboek.’²

In zijn bijdrage wilde Snijders in slechts enkele bladzijden de verschillen tussen de betekenis van de redelijkheid en billijkheid onder het Oud BW en het Nieuw BW in beeld brengen. Daarbij moest hij natuurlijk keuzes maken. Zo besteedde hij geen aandacht aan de betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming

¹ Mr. R. de Graaff is als PhD-fellow verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. Een eerdere versie van deze bijdrage werd gepubliceerd in *RMThemis*: R. de Graaff, ‘De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten’, *RMThemis* 2016/4, p. 202-213.

² H.J. Snijders, ‘Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992’, *Ars Aequi* 2012, p. 771-778, 777.

van grondrechten. Deze thematiek staat wel in deze bijdrage centraal – niet bij wijze van uitleg of correctie, maar bij wijze van aanvulling.

Gaat het over de bescherming van grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, dan staan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid vooral bekend als instrument om grondrechten indirecte werking te verlenen. De rechter toetst de rechtsverhouding in dat geval niet direct aan grondrechten, maar houdt bij het invullen van de privaatrechtelijke open norm wel rekening met de door grondrechten erkende belangen. In de Nederlandse rechtspraak speelt met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Hof of EHRM), bij deze beoordeling een rol.³

De rechter kan echter niet altijd terugvallen op duidelijke rechtspraak van het EHRM. Dit is bijvoorbeeld het geval als een bepaald probleem Straatsburg nog niet heeft bereikt, het Hof geen duidelijk antwoord heeft gegeven of de nationale autoriteiten een aanzienlijke beoordelingsvrijheid laat. Ook kan het zo zijn dat partijen zich niet beroepen op het EVRM. In dergelijke gevallen rijst de vraag wat het privaatrecht zelf kan betekenen voor de bescherming van grondrechten. Is er ruimte voor eigen keuzes? En mag de rechter deze keuzes zelf maken of moet hij deze aan de wetgever laten? Deze vragen behoren ook tot het domein van het staatsrecht. Tegelijkertijd besteedt de literatuur volgens Gerards weinig aandacht aan de vraag hoe de Nederlandse rechter moet omgaan met de ruimte die de rechtspraak van het EHRM hem laat.⁴ De literatuur richt zich vooral op de doorwerking van het EVRM in de nationale rechtsorde,⁵ de uitleg van het EVRM door het EHRM en de daarbij gehanteerde methoden,⁶ en de constitutionele grenzen die de rechter in acht moet nemen als hij

3 In toenemende mate is ook het Unierecht van belang. Daarover C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RMThemis* 2015, p. 3-13. In deze bijdrage richt ik mij op het EVRM.

4 J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010, afl. 3, p. 224-255, 228.

5 Bijv. J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (onderzoek in opdracht van het WODC), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013; T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (Preadviezen 2004, Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Bju 2004, p. 7-113. Over de doorwerking via art. 93-94 Grondwet J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2004.

6 Bijv. A.E.M. Leijten, *Core rights and the protection of socio-economic interests by the European Court of Human Rights* (diss. Leiden), Leiden: Meijers 2015; F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012; H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the*

consequenties verbindt aan een schending van het EVRM.⁷ Voor zover de opstelling van de Hoge Raad is onderzocht, concludeert de literatuur dat hij de gegeven ruimte maar zeer beperkt benut. De Hoge Raad zou niet op eigen gezag voor een ruimere bescherming kiezen dan volgt uit de rechtspraak van het EHRM.⁸

Er is aanleiding deze conclusie te nuanceren. Dat wil ik in deze bijdrage doen door te laten zien dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen worden ingezet om grondrechtelijke belangen verdergaand te beschermen dan uit het EVRM volgt. Ik richt mij daarbij specifiek op art. 6:2 lid 2 BW. Net als art. 94 Grondwet kan deze bepaling ertoe leiden dat een wettelijk voorschrift buiten toepassing blijft. Anders dan art. 94 Grondwet moet de rechter daarbij niet beoordelen of toepassing ‘niet verenigbaar’ zou zijn met het internationale recht (art. 94 Grondwet), maar of toepassing ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ zou zijn (art. 6:2 lid 2 BW).

Eerst ga ik na welke ruimte het EVRM laat aan het nationale recht (par. 2). Daarna onderzoek ik welke ruimte de rechter onder het Nederlandse staatsrecht heeft om grondrechten te beschermen (par. 3). Vervolgens analyseer ik jurisprudentie van de Hoge Raad over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, waarbij ik mij concentreer op zaken waarin grondrechtelijke belangen een rol spelen. De jurisprudentie laat zien dat de Hoge Raad de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook gebruikt om grondrechten te beschermen als hij geen beroep kan doen op duidelijke rechtspraak van het EHRM (par. 4). De uitoefening van deze privaatrechtelijke bevoegdheid is wel aan de staatsrechtelijke grenzen van art. 120 Grondwet gebonden (par. 5). Binnen deze grenzen kunnen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van grote en toegevoegde waarde zijn voor de bescherming van grondrechten (par. 6).

2. Welke ruimte biedt het EVRM?

Om te kunnen onderzoeken in hoeverre de rechter vrij is om door middel van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten is het noodzakelijk eerst de verhouding tussen het

European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union (diss. Leiden), Antwerpen: Intersentia 2011.

7 Bijv. J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

8 Aldus P.J. Wattel, ‘Het EVRM is te belangrijk in Nederland’, *NJB* 2016/945, p. 945; G. Boogaard & J. Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming’, *Ars Aequi* 2015, afl. 1, p. 61-67, 66-67; J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?’, in: A.R. Brewer-Carías (red.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 645-688, 659; Barkhuysen 2004, p. 48.

EVRM en het nationale recht in kaart te brengen.⁹ Welke ruimte laat het EVRM aan de nationale autoriteiten?

Zoals de preambule benadrukt, is het EVRM gericht op de ‘collectieve handhaving’ van mensenrechten. Het EHRM ziet toe op de naleving van het EVRM en beschermt de daaruit voortvloeiende rechten – indien nodig – in laatste instantie. Hoewel het Hof alleen klachten tegen verdragsstaten behandelt en dus geen privaatrechtelijke geschillen beoordeelt, controleert het wel degelijk of het EVRM is nageleefd bij de beoordeling van een privaatrechtelijk geschil door de nationale rechter:

‘Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention.’¹⁰

Een arrest van het Hof werkt formeel gezien slechts tussen partijen.¹¹ Constateert het Hof een schending, dan moet de verdragsstaat deze schending – indien mogelijk – beëindigen en de benadeelde zoveel mogelijk in de positie brengen waarin hij zou hebben verkeerd als het EVRM niet was geschonden.¹² Maar de jurisprudentie van het Hof is uiteraard ook in bredere zin van belang, aangezien het Hof als hoogste rechter de interpretatie van het EVRM verduidelijkt en ontwikkelt.¹³ In elke nieuwe zaak beoordeelt het Hof dan ook of de nationale autoriteiten voldoende rekening hebben gehouden met zijn eerdere rechtspraak over vergelijkbare gevallen, ook wanneer deze uitspraken andere verdragsstaten betreffen.¹⁴

Dat betekent niet dat er geen ruimte is om op nationaal niveau te kiezen voor een eigen invulling en toepassing van de door het EVRM erkende rechten. De bescherming van de EVRM-rechten is in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten. Het EVRM speelt een *subsidaire* rol:

‘The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. (...) The Convention

9 Deze paragraaf geeft de belangrijkste uitgangspunten op hoofdlijnen weer. Voor een meer uitgebreide analyse, zie J.H. Gerards, ‘The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of “shared responsibility”’, in: Gerards & Fleuren 2013, p. 71-124.

10 EHRM 13 juli 2004, 69498/01 (*Pla & Puncernau/Andorra*), r.o. 59; herhaald in EHRM 16 december 2008, 23883/06 (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*), r.o. 33.

11 Art. 46 EVRM.

12 EHRM 31 oktober 1995, 14556/89 (*Papamichalopoulos en anderen/Griekenland*), r.o. 34.

13 EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 197.

14 EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 163.

*leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. (...) By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.*¹⁵

Dit subsidiariteitsbeginsel komt in de eerste plaats tot uitdrukking in de wijze waarop het EVRM de verhouding tot de nationale rechtsorde bepaalt. Art. 53 EVRM is in dit verband van belang:

'Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party.'

Deze bepaling moet zo worden uitgelegd dat het EVRM een minimumniveau aan grondrechtenbescherming garandeert, dat moet worden nageleefd door de uitvoerende, wetgevende en rechtsprekende macht. Op nationaal niveau mag dus aanvullende bescherming worden geboden. Het is ook wenselijk dat dit gebeurt, aangezien het Hof bij de uitleg van het EVRM rekening houdt met het beschermingsniveau in de verschillende verdragsstaten.¹⁶ Het feit dat over een bepaalde uitleg van een door het EVRM gewaarborgd recht onder de meerderheid van de verdragsstaten consensus bestaat, kan reden zijn voor het Hof om die uitleg over te nemen.¹⁷

Het is niet altijd eenvoudig om het minimumniveau te bepalen. Een bepaalde vraag kan het Hof bijvoorbeeld nog niet hebben bereikt. En zelfs als dat wel het geval is, kan het antwoord van het Hof aan duidelijkheid te wensen overlaten. Daarnaast kan een zaak vragen om een afweging tussen verschillende door grondrechten beschermde belangen. Zo beperkt de verjaring van een rechtsvordering het recht van de eiser op toegang tot de rechter, in het belang van de rechtszekerheid en ter bescherming van de gerechtvaardigde verwachtingen van de gedaagde. Deze belangen worden alle beschermd door art. 6 EVRM en moeten dus tegen elkaar worden afgewogen om te kunnen beoordelen of het handhaven van een verjaringstermijn een gerechtvaardigd doel dient en in de gegeven omstandigheden proportioneel is. Het is dan niet eenvoudig om te bepalen of en in hoeverre aanvullende bescherming van een van deze belangen toegestaan is. Door het

¹⁵ EHRM 7 december 1976, 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 48; EHRM 23 juli 1968, 1474/62 (*Belgische taalzaken*), r.o. I.B.10. Het subsidiariteitsbeginsel zal in de preambule van het EVRM worden opgenomen na ratificatie van Protocol nr. 15 bij het EVRM door alle verdragsstaten.

¹⁶ EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31.

¹⁷ EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 74. Zie verder Gerards 2013, p. 88, met voorbeelden.

toekennen van een hoger beschermingsniveau aan de ene partij moet immers geen disproportionele last komen te rusten op de andere partij.¹⁸

Het subsidiariteitsbeginsel komt in de tweede plaats tot uitdrukking in de wijze waarop het Hof de verhouding tussen het EVRM en de nationale rechtsorde bepaalt. Door middel van de *margin of appreciation*-doctrine wordt aangegeven welke beoordelingsvrijheid de nationale autoriteiten hebben.¹⁹ Deze ruimte hangt af van de betreffende rechten en van de omstandigheden van het geval. Bij een ruime marge is het maken van een eigen afweging noodzakelijk en bestaat er dus een aanzienlijke vrijheid om op nationaal niveau een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten. Het feit dat het Hof een ruime marge laat, betekent overigens niet dat de nationale rechter zich dus ook terughoudend zou moeten opstellen ten opzichte van de uitvoerende of de wetgevende macht:

‘The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level.’²⁰

Het is van groot belang dat de nationale autoriteiten hun verantwoordelijkheid nemen, aangezien het Hof nog steeds met een aanzienlijke zakenlast kampt.²¹ Om deze zakenlast het hoofd te kunnen bieden, zijn diverse hervormingen doorgevoerd²² die het Hof in staat stellen belangrijke verzoeken met voorrang²³ en gezamenlijk te behandelen,²⁴ en minder belangrijke verzoeken niet-ontvankelijk te verklaren omdat de verzoeker ‘geen wezenlijk nadeel heeft geleden’.²⁵ Ook wordt de introductie van een prejudiciële adviesprocedure voorbereid, die de hoogste nationale rechters de

18 R.A. Lawson, ‘Boven het maaiveld – Over de “ruimhartige” toepassing van het EVRM door nationale rechters’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies naar Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307-323.

19 De *margin of appreciation*-doctrine zal in de preambule van het EVRM worden opgenomen na ratificatie van Protocol nr. 15 bij het EVRM door alle verdragsstaten.

20 EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, 3455/05 (*A. en anderen/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 184.

21 Begin 2016 wachtten nog 64.850 klachten op afhandeling, tegen een totaal van 69.900 in januari 2015 (http://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf, laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

22 Zie voor de laatste ontwikkelingen het *CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights* (CDDH(2015)R84 Addendum I), Straatsburg: december 2015 ([www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/CDDH\(2015\)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/CDDH(2015)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf), laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

23 Rule 41 van de Rules of Court stelt het Hof in staat bij het bepalen van de volgorde van behandeling rekening te houden met het belang en de urgentie van de betreffende zaken.

24 Rule 61 van de Rules of Court stelt het Hof in staat een of meer verzoeken met voorrang te behandelen, om zo structurele problemen te kunnen identificeren en de regering te kunnen informeren over de wijze waarop deze problemen moeten worden opgelost.

25 Art. 35 lid 3 sub b EVRM.

mogelijkheid zal geven vragen over de uitleg van het EVRM te stellen.²⁶ Het Hof moet daardoor in staat worden gesteld sneller op actuele grondrechtendiscussies in te spelen.²⁷

Het hervormingsproces laat zien dat het Hof zich steeds meer is en zal gaan richten op de meest serieuze en systematische problemen, en op belangrijke vragen van uitleg van het EVRM,²⁸ en minder op het bieden van rechtsbescherming in elk individueel geval.²⁹ Hierdoor wordt het belang van een eigen invulling en toepassing van het EVRM op nationaal niveau vergroot. Daarbij moet de jurisprudentie van het Hof uiteraard zoveel mogelijk worden gevolgd. Maar binnen de hiervoor geschetste grenzen bestaat wel degelijk ruimte. De vraag of, in hoeverre en op welke wijze de Nederlandse *rechter* gebruik mag maken van deze ruimte wordt niet beantwoord door het EVRM, maar is een zaak van nationaal recht.

3. Welke ruimte biedt het staatsrecht?

Om te kunnen onderzoeken in hoeverre de rechter vrij is om door middel van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten moet dus ook worden nagegaan welke ruimte het staatsrecht biedt. Nederland neemt op constitutioneel gebied een unieke plaats in binnen Europa.³⁰ Nederland kent geen constitutioneel hof en de Nederlandse rechter ‘treedt niet in de grondwettigheid van wetten en verdragen’ (art. 120 Grondwet).³¹ De rechter mag lagere regelgeving, beschikkingen en feitelijk han-

²⁶ Protocol nr. 16 bij het EVRM. Dit optionele protocol is al door Nederland ondertekend (Protocol van 2 oktober 2013, *Trb.* 2014, 74 en *Trb.* 2013, 241) en de goedkeuringswet is momenteel aanhangig (*Kamerstukken II* 2014-2015, 34 235-R2053, nr. 3). Het Protocol treedt in werking zodra het is geratificeerd door tien verdragsstaten. Momenteel is het Protocol getekend door zestien en geratificeerd door zes verdragsstaten (www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214, laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

²⁷ J.H. Gerards, ‘De Brighton verklaring en de toekomstbestendigheid van het EHRM’, *NTM/NJCM-Bull.* 2013, p. 609-625, 620.

²⁸ Zoals verwoord in de *Brighton Declaration*, aangenomen na de *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* op 20 april 2012, sub 33 (www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

²⁹ Aldus ook S. Greer & L. Wildhaber, ‘Revisiting the Debate about “constitutionalizing” the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2012, p. 655-687, 686.

³⁰ Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 646.

³¹ Er zijn voorstellen gedaan om constitutionele toetsing aan bepaalde bepalingen uit de Grondwet mogelijk te maken: ‘Voorstel van wet van het lid Halsema tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter’, *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 334, nr. 2, p. 1-2. Dit voorstel wordt echter niet gesteund door een twee derde meerderheid in de Tweede Kamer: *Handelingen II* 2014-2015, 60, nr. 11, p. 1-24.

delen van de overheid wel, maar wetten in formele zin niet toetsen aan de bepalingen uit de Grondwet.³²

De Hoge Raad heeft dit toetsingsverbod ruim uitgelegd. In het *Harmonisatiewet*-arrest bepaalde hij dat het verbod ook geldt voor toetsing aan het Statuut en voor toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel.³³ De rechter mag niet beoordelen of het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin onrechtmatig is, omdat dit 'neerkomt op toetsing van die wet aan zulke beginselen'.³⁴ Hij mag zich ook niet uitspreken over de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen tijdens het wetgevingsproces.³⁵ Het toetsen van wetten in formele zin aan ongeschreven recht is slechts mogelijk als de relevante omstandigheden tijdens de totstandkoming van de betreffende wettelijke regeling niet door de wetgever in de afweging zijn betrokken.³⁶

De rechter mag een wet in formele zin wel toetsen aan het internationale recht. Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die eenieder verbindend zijn en zijn bekendgemaakt, hebben op grond van art. 93 Grondwet rechtstreekse werking.³⁷ Is sprake van een conflict met een nationale regel, dan heeft het internationale recht op grond van art. 94 Grondwet voorrang:

'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'

De Nederlandse rechter wordt dus geconfronteerd met zowel een verbod als een gebod: hij mag wetten in formele zin niet toetsen aan de Grondwet, maar hij moet deze wetten wel toetsen aan internationaal recht met rechtstreekse werking.³⁸ De

32 Zie voor een overzicht van totstandkoming, literatuur en jurisprudentie: G. Boogaard & J. Uzman, 'Commentaar op artikel 120 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet* (webeditie 2016), beschikbaar via www.Nederlandrechtsstaat.nl.

33 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. M.W. Scheltema, r.o. 4.6 resp. 3.6 (*Harmonisatiewet*).

34 HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/713, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.4.1. (*Kooren-Maritiem/Staat*).

35 HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1056, NJ 2000/160, m.nt. T. Koopmans, r.o. 3.4 (*Gemeente Tegelen/Provincie Limburg*); HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens (*Van de Bergh/Staat*).

36 *Harmonisatiewet*, r.o. 3.9.

37 Over het vaststellen van rechtstreekse werking: HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AA 2015/4, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/Nietrokersvereniging CAN*).

38 De Nederlandse rechter is ook verplicht om het EU-recht te effectueren, maar volgens het Hof van Justitie van de EU is dit geen zaak van nationaal constitutioneel recht, maar een zaak van EU-recht, aangezien de EU een autonome rechtsorde is: HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend & Loos*); HvJ EG 15 juli 1964, 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*). De Hoge Raad heeft zich hierbij aangesloten in HR (strafkamer) 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80,

rechter mag wetten in formele zin niet vernietigen, maar een wettelijk voorschrift wel onverbindend verklaren,³⁹ in het concrete geval buiten toepassing laten, of zo interpreteren dat van strijd met het internationale recht geen sprake is. De Nederlandse rechter heeft ruimhartig gebruikgemaakt van deze bevoegdheid om het EVRM te handhaven.⁴⁰ Zo is het in strijd met rechtstreeks werkend verdragsrecht uitvaardigen en handhaven van wetgeving in formele zin wél onrechtmatig⁴¹ en in beginsel toerekenbaar aan de Staat.⁴² In sommige gevallen heeft de Hoge Raad ook een eigen uitleg gegeven aan de rechtspraak van het EHRM, in afwachting van nadere aanwijzingen uit Straatsburg en Den Haag.⁴³ De mogelijkheden om te komen tot een eigen uitleg van de EVRM-bepalingen zijn wel begrensd. Deze grenzen kwamen in beeld toen de Hoge Raad moest beoordelen of het huwelijk openstond voor personen van hetzelfde geslacht. Art. 12 EVRM bepaalt dat 'het recht te huwen' is voorbehouden aan 'mannen en vrouwen van huwbare leeftijd'. Volgens het EHRM wordt met deze zinsnede verwezen naar 'the traditional marriage between persons of opposite biological sex'.⁴⁴ Volgens de

m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.6, gevolgd door de civiele kamer in HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, r.o. 3.4.3. Een bespreking van de wisselwerking tussen EU-recht en nationaal constitutioneel recht valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

39 Hier wordt overigens terughoudendheid bepleit: de rechter zou een wettelijk voorschrift slechts in algemene zin onverbindend moeten verklaren wanneer hij ervan overtuigd is dat het voorschrift op geen enkele wijze rechtmatig kan worden toegepast. Zie hierover Uzman 2013, p. 70-85, met verdere verwijzingen.

40 Klassieke voorbeelden van de invloed van EVRM-rechtspraak zijn HR 10 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2072, NJ 1996/578, m.nt. E.J. Dommering (erkenning bronbescherming journalist), n.a.v. EHRM (Grote Kamer) 27 maart 1996, 17488/90 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*); HR 18 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6789, NJ 1980/463, m.nt. W.H. Heemskerk (onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen), n.a.v. EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*).

41 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, AA 2016/5, m.nt. R.J.B. Schutgens, r.o. 3.4.2, een bevestiging van HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:ACo867, NJ 1987/252, r.o. 3.3 (*Staat/Van Gelder*).

42 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, AA 2016/5, m.nt. R.J.B. Schutgens, r.o. 3.5.2, een bevestiging van HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:ACo867, NJ 1987/252, m.nt. M.W. Scheltema, r.o. 3.4 (*Staat/Van Gelder*).

43 Bijv. ten aanzien van het recht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor, nadat dit recht door het EHRM was afgeleid uit art. 6 EVRM. Zie EHRM (Grote Kamer) 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz*) en latere uitspraken van het EHRM; en HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, NJ 2009/349, m.nt. T.M.C.J. Schalken; HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, NJ 2014/268, m.nt. T.M.C.J. Schalken; HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52, m.nt. A.H. Klip.

44 EHRM 17 oktober 1986, 9532/81 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 49. Volgens Waaldijk zijn de woorden 'men and woman' in de tekst opgenomen met het oog op rechtsgelijkheid voor vrouwen, niet met het oog op rechtsongelijkheid voor homoseksuelen (C. Waaldijk, 'Vijftien jaar openstelling homohuwelijk', *Ars Aequi* 2016, afl. 4, p. 237-246, 238). Het EHRM erkende in 2010

Hoge Raad bestond er dan ook ‘onvoldoende grond’ en was er ‘geen vrijheid’ om art. 12 EVRM ‘dynamischer te interpreteren dan het Europees Hof heeft gedaan’.⁴⁵ In een volgende familierechtelijke zaak moest de Hoge Raad beoordelen of de verplichting om te voorzien in de kosten van verzorging, opvoeding en studie van het kind niet alleen rustte op ‘de man’, zoals art. 1:394 BW stelt, maar ook op de vrouw die ‘als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad’. Art. 8 EVRM, het recht op *family life*, verplichtte de Staat destijds niet tot het erkennen van deze aanspraak.⁴⁶ De Hoge Raad legde uit dat hij niet zelf voor een ruimere betekenis kon kiezen, omdat hij was gebonden aan de interpretatie van het EVRM door het EHRM:

‘Art. 53 EVRM laat de nationale wetgever de vrijheid om een verdergaande bescherming te bieden dan de bepalingen van het EVRM geven. De Nederlandse rechter is evenwel gebonden aan art. 94 Gr.w, ingevolge welke bepaling binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Een zodanige onverenigbaarheid kan niet worden aangenomen uitsluitend op basis van een uitleg door de nationale – Nederlandse – rechter van het begrip “family life” in het licht van recent tot stand gekomen wetgeving, die leidt tot een verdergaande bescherming dan op grond van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot art. 8 EVRM mag worden aangenomen.’⁴⁷

Ook als een beroep op een verdragsrecht wél gegrond is, is de rechter beperkt in zijn mogelijkheden een oplossing te bieden. Verdragsconforme interpretatie van nationaal recht kent zijn ‘natuurlijke grenzen’,⁴⁸ terwijl het onderliggende probleem soms ook niet kan worden opgelost door het bewuste wettelijke voorschrift buiten toepassing te laten. Volgens de Hoge Raad moet het belang van effectieve rechtsbescherming dan worden afgewogen tegen het belang van een ‘terughoudende opstelling’ van de rechter, gezien zijn staatsrechtelijke verhouding tot de wetgever en zijn beperkte mogelijkheden om door middel van een rechterlijke

wel dat op dit gebied sprake was van grote sociale veranderingen en dat het recht om te huwen niet beperkt hoeft te zijn tot heteroseksuele stellen, maar gaf ook aan dat het art. 12 EVRM bij gebrek aan Europese consensus niet zo kon interpreteren dat op verdragsstaten een verplichting rustte om het huwelijk open te stellen voor homoseksuele stellen. Zie EHRM 24 juni 2010, 30141/04 (*Schalk & Köpf/Oostenrijk*), r.o. 54-64 en r.o. 87-95.

45 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992/129, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.4. Sinds 1 april 2001 luidt art. 1:30 lid 1 BW: ‘Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht.’

46 Waarschijnlijk ligt dat inmiddels anders, aangezien het Hof in *Schalk & Köpf/Oostenrijk*, r.o. 91-95, oordeelde dat het recht op *family life* uit art. 8 EVRM ook geldt voor homoseksuele stellen.

47 HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, NJ 2002/278, m.nt. J.E. de Boer, r.o. 3.9.

48 S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000/49, p. 747-758, 750.

uitspraak een oplossing te bieden. De rechter mag in het rechtstekort voorzien ‘indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden’. Als er echter verschillende oplossingen mogelijk zijn en als ‘de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt’, dan moet de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laten.⁴⁹ Uzman onderzocht deze praktijk van ‘rechterlijk abstineren’ en concludeerde dat deze laatste overweging een grote rol speelt:

‘In de praktijk besluit de rechter óók tot zo’n houding wanneer het bieden van rechtsbescherming, in welke vorm dan ook, de rechtszekerheid van derden raakt, anderszins in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel, of als zijn beslissing de beleidsvrijheid van de wetgever zou doorkruisen.’⁵⁰

Deze mogelijkheden en grenzen waren binnen het privaatrecht al grotendeels bekend. In 1959 besliste de Hoge Raad dat verbintenissen niet alleen ontstaan wanneer de wet dit expliciet bepaalt, maar ook wanneer deze uitkomst aansluit bij het stelsel van de wet en de daarin geregelde gevallen.⁵¹ De civiele kamer houdt ook al langer uitdrukkelijk rekening met de eisen van de rechtszekerheid en de gevolgen van een bepaalde uitkomst voor derden.⁵² De overweging dat beleidsmatige en rechtspolitieke keuzes aan de wetgever zijn, vinden we aanvankelijk alleen in uitspraken waarin internationaal verdragsrecht aan de orde is,⁵³ vergezeld van de opmerking dat een bepaalde keuze de ‘rechtsvormende taak van de rechter’ te buiten gaat.⁵⁴ Meer recente rechtspraak leert dat dezelfde grenzen net zo goed in

49 HR (belastingkamer) 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.14-3.15 (*Arbeidskostenforfait*).

50 Uzman 2013, p. 603.

51 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:Al1600, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

52 Bijv. in HR 27 november 1964, ECLI:NL:HR:1964:AC4517, NJ 1965/51 (aanvangstijdstip verjaaringstermijn); HR 4 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB3707, NJ 1966/215 (aanvangstijdstip verjaaringstermijn); HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7328, NJ 1982/452, m.nt. W.H. Heemskerk (ingangsdatum beroepstermijn); HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271, NJ 1982/503, m.nt. W.H. Heemskerk en E.A.A. Luijten (geen terugwerkende kracht uitspraak vanwege ‘het belang van rechtszekerheid’); HR 12 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4335, NJ 1983/779, m.nt. W.H. Heemskerk (eindtermijn waarbinnen scheidsmannen moeten hebben beslist); HR 15 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4267, NJ 1987/933, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 3.2 (bepalen van tijdstip waarop echtscheiding tot stand komt).

53 Voor het eerst in HR 4 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4807, NJ 1985/510, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.3, een zaak over de gezamenlijke voogdij van gescheiden ouders.

54 Voor het eerst in HR 12 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4874, NJ 1985/230, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Optierecht Nederlanderschap*), een zaak over gelijke behandeling.

beeld kunnen komen als de Hoge Raad zich bezighoudt met privaatrechtelijke kwesties die niet bepaald worden door internationaal verdragsrecht.⁵⁵

De grenzen lijken dus niet noemenswaardig te verschillen, of de rechter nu privaatrechtelijke geschillen beoordeelt of wetgeving toetst aan internationaal verdragsrecht.⁵⁶ Toch is de Hoge Raad volgens staatsrechtjuristen ‘institutioneel en politiek gezien, stoerder’ als hij ‘rugdekking’ krijgt van het EHRM:

‘Bij zijn uitleg van het Nederlandse recht gaat hij verder wanneer hij een beroep kan doen op een duidelijke interpretatie van het EVRM door het EHRM. Moet hij zelf het EVRM uitleggen, dan lijkt hij zich te beperken tot de vaststelling dat de wettelijke regeling weliswaar in strijd is met het EVRM-recht, maar dat de kwestie er één voor de wetgever is.’⁵⁷

Dit is een logische gevolgtrekking, op basis van de hiervoor besproken jurisprudentie, waarin de Hoge Raad de uitleg van het EVRM door het EHRM volgde en niet op eigen gezag voor een ruimere bescherming koos. Toch moet deze conclusie

⁵⁵ De volgende privaatrechtelijke kwesties gingen ‘de rechtsvormende taak van de rechter te buiten’: HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3059, *NJ* 2000/87, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.5.3 (aanpassing van de regeling inzake afbakening van de bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter); HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.2 (toekennen van vergoeding voor affectieschade; de Hoge Raad constateerde geen schending van art. 8 EVRM); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, *NJ* 2011/597, m.nt. T. Hartlief (bieden van verdergaande, algemene bescherming van werknemers tegen het risico van ongevallen i.v.m. hun werkzaamheden); HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4937, *NJ* 2012/127, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.5.3 (bewerkstelligen feitelijke voorrangspositie van de kinderalimentatievordering t.o.v. de andere in de schuldsanering betrokken vorderingen); HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.3.2 (het kiezen voor een van ‘de alternatieven die, zoals rechtsvergelijking leert, kunnen worden overwogen met betrekking tot de regeling van niet-overdraagbaarheidsclausules’); HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.7 (het aanvaarden van ‘generieke uitzonderingen’ op de wettelijke regelingen m.b.t. telefoonabonnementen); HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461, *NJ* 2015/194, m.nt. M.M. Mendel, r.o. 3.8 (het is ‘aan de wetgever’ om te voorzien in uitbreiding van het subrogatieverbod naar personeel zonder arbeidsovereenkomst).

⁵⁶ Jansen en Loonstra komen tot dezelfde conclusie: C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012, afl. 1, p. 3-21, 8-10. Anders: Boogaard & Uzman 2015, p. 61-67, 65. Zij bouwen voort op het onderscheid dat Martens 2000, p. 748, maakt tussen ‘juridisch-technische problemen’, die de rechter kan oplossen door middel van wetsuitleg, en ‘maatschappelijke kwesties’, die de rechter alleen kan oplossen door nieuw recht te vormen. Een uitzondering is overigens het EU-recht, dat sterk de nadruk legt op effectieve rechtsbescherming. Zie daarover uitgebreid Uzman 2013, p. 303-361.

⁵⁷ Boogaard & Uzman 2015, p. 66-67. In dezelfde zin Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 659; Barkhuysen 2004, p. 48. Ook Wattel trekt deze conclusie: Wattel 2016, p. 945.

worden genuanceerd. Nader onderzoek leert dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen worden gebruikt om grondrechten te beschermen, ook wanneer er geen ‘rugdekking’ is van het EHRM of partijen geen beroep hebben gedaan op internationaal verdragsrecht.

4. Welke ruimte bieden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid?

Om te kunnen onderzoeken in hoeverre de rechter vrij is om door middel van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten, is uiteraard ook art. 6:2 lid 2 BW zelf van belang.⁵⁸ Evenals art. 94 Grondwet maakt deze bepaling het mogelijk een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten:

‘Een tussen [schuldeiser en schuldenaar, RdG] krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’⁵⁹

De bepalingen zijn vergelijkbaar, maar het accent verschilt. Bij de vaststelling van wat art. 94 Grondwet eist, moet de rechter bepalen of toepassing ‘niet verenigbaar’ is met internationaal verdragsrecht met rechtstreekse werking. Bij de vaststelling van wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid eisen, moet de rechter bepalen of toepassing ‘onaanvaardbaar’ is, waarbij hij rekening kan houden ‘met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken’.⁶⁰ Grondrechten kunnen daarbij worden meegewogen, maar zijn niet de enige inspiratiebron.⁶¹ De rechter kan dus beslissen dat toepassing van een wettelijke regeling in het concrete geval in strijd is met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ook al is van strijdigheid met internationaal verdragsrecht geen sprake.

⁵⁸ Voor partijen bij een overeenkomst geldt de vergelijkbare regel van art. 6:248 lid 2 BW.

⁵⁹ Art. 1374 lid 3 (oud) BW bepaalde dat overeenkomsten te goeder trouw moesten worden uitgevoerd. Op basis van deze bepaling oordeelde de Hoge Raad al eerder dat partijen zich onder omstandigheden niet op een wettelijke regel mochten beroepen, bijv. in: HR 29 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4579, NJ 1983/627, m.nt. P.A. Stein (*Spruijt/Sperry Rand Holland*); HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7666, NJ 1984/149, m.nt. P.A. Stein (*Herzfeld/Groen*); HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3287, NJ 1988/254, m.nt. P.A. Stein (*X/Y*); HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0580, NJ 1989/322 (*Wesselingh/Weisz*).

⁶⁰ Art. 3:12 BW.

⁶¹ De lijst van art. 3:12 BW is niet uitputtend: M.v.A. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1035.

Een eerste voorbeeld is afkomstig uit het huurrecht. Een ongehuwde vrouw woonde met haar kinderen in een door de vader gehuurde woning. Pas toen de verhouding met de vader verslechterde, verzocht zij de verhuurder om als medehuurder te worden toegelaten. De verhuurder verklaarde zich akkoord, waarop de vrouw de kantonrechter verzocht te bepalen dat de man de huurovereenkomst niet langer zou voortzetten. Zowel de kantonrechter als de rechtbank verklaarde dit verzoek niet-ontvankelijk. Om als medehuurder te kunnen gelden, vereiste de dwingend-rechtelijke regeling van art. 1623h (oud) BW, de voorganger van art. 7:267 BW, immers een gezamenlijk verzoek van hoofdhuurder én samenwoner.

In cassatie voerde de vrouw aan dat zij vanwege het recht op eerbiediging van de woning (art. 8 EVRM), mede in verband met het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) en het verbod van discriminatie (art. 14 EVRM), op soortgelijke wijze toegang tot de rechter behoorde te krijgen als personen die zich wél konden beroepen op een gezamenlijk verzoek.⁶² De Hoge Raad achtte de regeling echter niet in strijd met deze verdragsbepalingen.⁶³ Het recht op eerbiediging van de woning speelde op dat moment geen rol van betekenis in de jurisprudentie van het EHRM en zou pas later echt tot ontwikkeling komen.⁶⁴ Niettemin oordeelde de Hoge Raad dat 'de eisen van de goede trouw' eraan in de weg kunnen staan 'dat de huurder wiens huisgenote zonder zijn medewerking een erkenning als medehuurster van de verhuurder heeft verkregen, zich jegens die huisgenote op het ontbreken van die medewerking kan beroepen'.⁶⁵ Van indirecte werking van het EVRM was geen sprake. De Hoge Raad beschermde de belangen van samenwoners uiteindelijk op basis van een eigen invulling van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁶⁶

Een ander, krachtig voorbeeld van de betekenis van art. 6:2 lid 2 BW voor de bescherming van grondrechten is de mogelijkheid de objectieve verjaringstermijn op die grond buiten toepassing te laten. Sommige schuldeisers raken pas op de hoogte van hun schade nadat deze verjaringstermijn is verstreken. Dat is met name het geval bij slachtoffers van mesothelioom, een vorm van longkanker die vrijwel uitsluitend wordt veroorzaakt door blootstelling aan asbest.⁶⁷ Deze blootstelling leidt

⁶² De vrouw beriep zich tevens op art. 17 IVBPR. Zie onderdeel a van het cassatiemiddel, gepubliceerd in *NJ* 1988/254.

⁶³ HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3287, *NJ* 1988/254, m.nt. P.A. Stein (X/Y), r.o. 3.2.

⁶⁴ Op dat moment had het Hof nog maar één principiële uitspraak gewezen over het recht op eerbiediging van de woning: EHRM 24 november 1986, 9063/80 (*Gillow/Verenigd Koninkrijk*). Zie voor analyse van de ontwikkelingen in de jurisprudentie: A.C. Buyse, 'Strings Attached: The Concept of "Home" in the Case Law of the European Court of Human Rights', *European Human Rights Law Review* 2006, p. 294-307.

⁶⁵ HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3287, *NJ* 1988/254, m.nt. P.A. Stein (X/Y), r.o. 3.3.

⁶⁶ Zij het dat het oude recht op deze zaak van toepassing was en de Hoge Raad dus sprak van 'de eisen van de goede trouw'.

⁶⁷ Er spelen dus geen causaliteitsproblemen, zoals het geval kan zijn bij andere typen longkanker, die zowel veroorzaakt kunnen zijn door de blootstelling aan asbeststof als door aan het

pas dertig tot veertig jaar na het eerste contact tot klachten⁶⁸ en doorgaans binnen een of twee jaar na de diagnose tot de dood.⁶⁹ De vorderingen van veel slachtoffers en erfgenamen zijn op het moment van diagnose doorgaans al verjaard, aangezien de objectieve verjaringstermijn van dertig jaar op grond van art. 3:310 lid 2 BW al begint te lopen vanaf 'de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt'.⁷⁰

Voor deze gevallen – volgens de Gezondheidsraad gaat het om 12.400 werknemers in de periode 2000-2028⁷¹ – maakte de Hoge Raad op grond van art. 6:2 lid 2 BW een uitzondering. Nadat hij eerder strak de hand had gehouden aan de lange verjaringstermijn, in zaken over medische aansprakelijkheid⁷² en kindermishandeling,⁷³ besliste hij in de zaak *Van Hese/De Schelde* dat een beroep op de objectieve verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. De rechter moet de vraag of de verjaringstermijn op grond van art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing moet blijven met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval en in ieder geval aan de hand van een zevental gezichtspunten beantwoorden.⁷⁴

Voor deze bijdrage is van belang dat een van de onderdelen van het cassatiemiddel van de zijde van de gezamenlijke erfgenamen van Van Hese een beroep deed op

slachtoffers zelf toe te rekenen oorzaken, zoals rookgedrag. Voor die situaties heeft de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid aanvaard in HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, AA 2006/10, m.nt. S.D. Lindenberg (*Nefalit/Karamus*).

68 Gezondheidsraad, *Asbest: Risico's van milieu- en beroepsmatige blootstelling* (Advies nr. 2010/10), Den Haag: Gezondheidsraad 2010, p. 41.

69 Gezondheidsraad 2010, p. 33.

70 Art. 3:310 lid 5 BW bepaalt dat bij schade door letsel of overlijden alleen nog een relatieve verjaringstermijn van vijf jaren na bekendheid met zowel de schade als de aansprakelijke persoon geldt, maar deze bepaling geldt alleen voor nieuwe gevallen, veroorzaakt vanaf 1 februari 2004.

71 Gezondheidsraad 2010, p. 23, onder verwijzing naar O. Segura, A. Burdorf & C. Looman, 'Update of predictions of mortality from pleural mesothelioma in the Netherlands', *Occupational and Environmental Medicine* 2003, p. 50-55.

72 HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1867, NJ 1998/380, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van B./Vereniging voor Diaconessenarbeid*), r.o. 3.4. Het ging in deze zaak om de objectieve verjaringstermijn van dertig jaar uit art. 2004 (oud) BW.

73 HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2934, NJ 2000/16, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 5.1. Het ging in deze zaak m.n. om de objectieve verjaringstermijn van twintig jaar uit art. 3:310 lid 1 BW.

74 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.3. In het op dezelfde datum gewezen arrest HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5634, NJ 2000/431, m.nt. A.R. Bloembergen (*Rouwhof/Eternit*) maakte de Hoge Raad juist geen uitzondering, omdat de lopende verjaringstermijn nog niet was verstreken op het moment van diagnose. Zie over gezichtspunten in het algemeen, en *Van Hese/De Schelde* in het bijzonder, J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2014, p. 319-405.

art. 6 EVRM.⁷⁵ Het probleem van de verjaring van vorderingen van asbestslachtoffers en hun nabestaanden had Straatsburg destijds nog niet bereikt. Wel was het EHRM al eens geconfronteerd met een zaak over kindermisbruik. De *House of Lords* had in de nationale aansprakelijkheidsprocedure van een dochter tegen haar adoptievader en broer vastgehouden aan de algemene verjaringstermijn van zes jaar,⁷⁶ die begon te lopen na het misbruik of vanaf de achttiende verjaardag.⁷⁷ Het EHRM zette eerst het algemene beoordelingskader van art. 6 EVRM uiteen:

‘The Court recalls that Article 6 para. 1 (art. 6-1) embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is, the right to institute proceedings before a court in civil matters, constitutes one aspect. However, this right is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.’⁷⁸

Het Hof was terughoudend bij het toepassen van dit kader op de verjaring van vorderingen tot schadevergoeding wegens kindermisbruik. Het Hof benadrukte het belang van verjaringstermijnen voor de rechtszekerheid, de bescherming van schuldenaars en het voorkomen van bewijsproblemen.⁷⁹ In het specifieke geval van kindermisbruik bleef strafrechtelijke vervolging naar Engels recht bovendien mogelijk. In een dergelijke strafprocedure kon schadevergoeding aan het slachtoffer worden toegekend, zelfs als de civielrechtelijke verjaringsstermijn al was verstreken. De kern van het recht op toegang tot de rechter was daarom volgens het Hof niet aangetast.⁸⁰ De verjaringstermijn van zes jaar was ook in internationaal opzicht ‘not unduly short’.⁸¹ Over de lengte en het aanvangsmoment van de verjaring bestond verder geen consensus onder de

75 Onderdeel 5, gepubliceerd in *NJ* 2000/430. De erven beriepen zich ook op art. 1, 5 en 13 EVRM, op art. 3 en 11 Europees Sociaal Handvest en op art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Op deze bepalingen wordt hier niet nader ingegaan.

76 Art. 2 Limitation Act 1980; zie *House of Lords* (Verenigd Koninkrijk) 10 februari 1993, [1993] AC 498 (*Stubbings/Webb*).

77 Deze laatste uitzondering volgt uit art. 28 lid 1 jo. art. 38 lid 2 Limitation Act 1980.

78 EHRM 22 oktober 1996, 22083/93 en 22095/93 (*Stubbings/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 50.

79 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 51.

80 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 52.

81 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 53.

verdragsstaten,⁸² die op dit gebied een *margin of appreciation* hebben.⁸³ Het Hof achtte het heel goed mogelijk dat de verjaringsregelingen in de verdragsstaten in de toekomst zouden moeten worden aangepast vanwege de ernstige gevolgen van kindermisbruik, maar gaf aan dat dit de verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten was.⁸⁴

Anders dan slachtoffers van kindermisbruik werden mesotheliomslachtoffers volgens Advocaat-Generaal Spier wél in de kern van hun recht op toegang tot de rechter aangetast. Volgens hem zou art. 6 EVRM worden geschonden als de objectieve verjaringstermijn in deze gevallen strikt zou worden toegepast.⁸⁵ De Hoge Raad volgde de Advocaat-Generaal op dit punt niet en gebruikte art. 6 EVRM slechts ter ondersteuning van de op grond van art. 6:2 lid 2 BW aanvaarde oplossing:

‘Gelet op de – naar huidige inzichten zeer lange – duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de “margin of appreciation” van de verdragsluitende Staten valt. Dit neemt evenwel niet weg dat de in 3.3.1 voorziene mogelijkheid van het buiten toepassing blijven van de verjaringstermijn van dertig jaar wel in lijn is met het in art. 6 § 1 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter.’⁸⁶

Sinds kort weten we meer. Het EHRM heeft inmiddels bepaald dat benadeelden hun recht op schadevergoeding voor persoonlijk letsel moeten kunnen uitoefenen op het moment dat zij zich daadwerkelijk bewust zijn van hun schade.⁸⁷ Bovendien heeft het Hof in een eerste asbestzaak Zwitserland veroordeeld wegens schending van art. 6 EVRM, omdat het Zwitserse *Bundesgericht* in een zaak over asbestschade had vastgehouden aan de objectieve verjaringstermijn van tien jaar.⁸⁸ De door de

⁸² *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 54.

⁸³ *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 55.

⁸⁴ *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 56. Na kritiek op *Stubbings/Webb*, van onder meer de *Law Commission*, bracht de *House of Lords* seksueel misbruik onder de reikwijdte van art. 11 lid 1 Limitation Act 1980, in *House of Lords (Verenigd Koninkrijk)* 30 januari 2008, [2008] UKHL 6 (A/Hoare). Deze speciale verjaringstermijn voor vorderingen gebaseerd op ‘negligence, nuisance or breach of duty’ kan de rechter buiten toepassing laten als hij dat ‘equitable’ acht (art. 33 lid 1 Limitation Act 1980).

⁸⁵ Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2000:AA5635, sub 9.6.2.

⁸⁶ *Van Hese/De Schelde*, r.o. 3.3.2.

⁸⁷ EHRM 17 september 2013, 59601/09 (*Eşim/Turkije*), r.o. 25.

⁸⁸ EHRM 11 maart 2014, 52067/10 en 41072/11 (*Moor/Suisse*), alleen beschikbaar in het Frans. Centraal stonden art. 20 lid 1 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (duur verjaringstermijn), art. 127 (duur verjaringstermijn) en 130 Obligationenrecht (aanvang verjaringstermijn).

Hoge Raad in *Van Hese/De Schelde* geformuleerde oplossing lijkt te stroken met deze EVRM-rechtspraak.⁸⁹

In het kader van deze bijdrage is vooral interessant dat de Hoge Raad de kwestie destijds niet overliet aan de wetgever, maar zelf een oplossing bood, ook al zou art. 6 EVRM volgens hem niet zijn geschonden als hij had vastgehouden aan de objectieve verjaringstermijn. De Hoge Raad benadrukte dat uit de parlementaire geschiedenis van de geldende verjaringsregeling (art. 3:310 lid 2 BW) 'niet blijkt dat de wetgever zich ook het geval voor ogen heeft gesteld waarin de schade pas na het verstrijken van de verjaringstermijn is ontstaan'.⁹⁰ Het feit dat de wetgever zich nog maar enkele jaren voor *Van Hese/De Schelde* wél had gebogen over een nieuwe wettelijke regeling (art. 3:310 lid 5 BW) en er toen voor had gekozen deze alleen voor nieuwe gevallen te laten gelden, stond ook 'niet in de weg aan het (...) gegeven oordeel dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn toepassing te geven aan de thans geldende verjaringsregel'.⁹¹ De Hoge Raad ging hier dus vrij ver in zijn uitleg van art. 6:2 lid 2 BW, terwijl er op dat moment volgens hem geen 'rugdekking' was uit Straatsburg en de wetgever het probleem recentelijk onder ogen had gezien, maar bewust niet had ingegrepen.

De uitzondering is overigens niet beperkt tot zaken over asbestschade, maar bijvoorbeeld ook aanvaard ten aanzien van de vervalltermijn van het beroep op de vernietigbaarheid van een opzegging zonder voorafgaande toestemming van het UWV,⁹² het beroep op de verjaring van een vordering op grond van gevoerd

89 Aldus M.R. Hebly, 'Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbestclaims?', *Letsel & Schade* 2014, afl. 2, p. 40-42; P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2015, afl. 1, p. 24-25; J. Emaus, annotatie onder *Moor/Suisse*, *EHRC* 2014/164, sub 8; de Minister van Justitie: *Aanhangsel Handelingen II* 2013-2014, 1864; en verschillende lagere rechters: Rb. Midden-Nederland 10 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5507, r.o. 4.7; Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593, r.o. 4.4-4.5; Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3152, r.o. 4.5; Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9064, r.o. 4.3. Ook ik kom tot die conclusie in R. de Graaff, 'Prescription. A private-law concept at the forefront of fundamental rights protection', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 141-165. Kritisch zijn: B. Ruers in *Trouw*: 'Uitspraak Hof vergroot kans op schadevergoeding asbest', *Trouw* 3 April 2014, p. 7; Kamerlid De Wit, *Aanhangsel Handelingen II* 2013-2014, nr. 1758; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Deel I: Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: BJu 2015, p. 49.

90 *Van Hese/De Schelde*, r.o. 3.3.1.

91 *Van Hese/De Schelde*, r.o. 3.3.2.

92 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, *NJ* 2012/396, r.o. 4.2.3. Aan de orde was de vervalltermijn van art. 9 lid 3 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.

voogdijbewind⁹³ en het beroep op de verjaring van een gezeekerde vordering.⁹⁴ In de lagere rechtspraak zijn met name de zaken over het handelen van Nederlandse militairen in Indonesië in de periode 1945-1949 opvallend. De nabestaanden konden geen beroep doen op het EVRM, dat in 1950 door Nederland werd ondertekend en in 1954 in werking trad.⁹⁵ Uiteindelijk besliste de rechter in verschillende procedures dat het beroep van de Staat op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.⁹⁶ De maatstaven van redelijkheid en billijkheid fungeren zo als vangnet wanneer het internationale recht geen soelaas biedt.

5. De verhouding tot het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet

De hiervoor besproken jurisprudentie roept wel vragen op over de grenzen van de bevoegdheid om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten vanwege strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Wordt het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zo niet omzeild? Voor zover ik kon nagaan, was het Bloembergen die deze vraag in 2000 voor het eerst stelde. Hij meende dat de toepassing van art. 6:2 lid 2 BW ook kon worden gezien als een vorm van door de wetgever gelegitimeerde toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen, al ging deze mogelijkheid minder ver dan de door art. 120 Grondwet verboden constitutionele toetsing:

‘De toetsing van art. 6:2 is terughoudend: de toepassing van de omstreden wettelijke bepaling moet echt onaanvaardbaar zijn. Bovendien zal de rechter hier, hoewel het theoretisch niet uitgesloten is, over het algemeen niet tot een niet-toepasselijkheid komen in een situatie die door de wetgever – en zeker door een recente wetgever – onder ogen is gezien. Ik moet het laten bij deze korte opmerking. Nadere vergelijkende studie zou wellicht de moeite lonen.’⁹⁷

⁹³ HR 20 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1492, NJ 2014/335, r.o. 3.6.2. Aan de orde was de verjaringstermijn van art. 1:377 (oud) BW.

⁹⁴ HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3463, NJ 2016/208, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.8.1-3.8.3. Aan de orde was het tenietgaan van een pandrecht als gevolg van de verjaring van een gezeekerde vordering (art. 3:323 lid 1 BW).

⁹⁵ Het EVRM werd op 4 november 1950 te Rome ondertekend en de tekst is bekendgemaakt in *Trb.* 1951, 154. De goedkeuring voor Nederland vond plaats bij Wet van 28 juli 1954, *Stb.* 1954, 335.

⁹⁶ Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, r.o. 4.13-4.14; Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2442, r.o. 4.4-4.18; Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701, r.o. 4.4-4.24; Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702, r.o. 4.5-4.22.

⁹⁷ Bloembergen in sub 6 van zijn annotatie onder HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/713.

De civielrechtelijke literatuur heeft wel oog voor de verhouding van art. 6:2 lid 2 BW tot de Wet Algemeene Bepalingen,⁹⁸ maar heeft het verband met art. 120 Grondwet niet nader bestudeerd. Tegelijkertijd is de potentie van art. 6:2 lid 2 BW nog niet echt doorgedrongen tot de staatsrechtelijke literatuur. Terwijl inmiddels vrij algemeen wordt aanvaard dat de rechter wetgeving wegens strijd met verdragsrecht in algemene zin onverbindend mag verklaren,⁹⁹ voelt men enige schroom bij de mogelijkheid wetgeving in het concrete geval buiten toepassing te laten wegens strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Nadat Halsema ter ondersteuning van haar initiatiefwetsvoorstel, dat constitutionele toetsing mogelijk moest maken, had aangevoerd dat het belang van de rechter toch al was toegenomen, onder meer door de invulling van 'wettelijke termen als "redelijkheid" en "billijkheid"',¹⁰⁰ adviseerde de Raad van State dat dit 'vooral civielrechtelijke begrippen zijn, die worden gehanteerd in de rechtspraak van de burgerlijke rechter'.¹⁰¹ En toen de Commissie Gelijke Behandeling in enkele

98 Bijv. A.G. Castermans, *Ik en mijn recht in Europa* (diesoratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2012, p. 5-6; C.J.H. Jansen, 'Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)', *Ars Aequi* 2008, afl. 1, p. 22-29, 28-29; J.H. Nieuwenhuis, 'Wie bepaalt wat recht is in Nederland?', in: S. van der Schenk (red.), *Menage à trois, de rol van de rechterlijke macht binnen de trias*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 1999, p. 118-129, 121. Art. 11-12 Wet AB bepalen dat de rechter 'volgens de wet' recht moet spreken, 'in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet' mag beoordelen en ook geen uitspraak mag doen 'bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement'. Over de verhouding tussen de Wet AB en de rechtsvormende taak van de civiele kamer van de Hoge Raad uitgebreid M.E. Bruning, 'Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht. Mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende rechtspraak op grond van de billijkheid', in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 75-108.

99 Het volgende overzicht ontleen ik aan Uzman 2013, p. 75, voetnoot 100: F.H. van der Burg, 'Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing', in: F.H. van der Burg & M.A. van der Ham (red.), *Gemeentelijke vrijheden*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom Uitgeverij 1983, p. 19-32, 24-27; P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1987-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 60; J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1987-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 109; J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 282; M.L.H. van Houten, *Meer zicht op wetgeving* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1997, p. 230; R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 10-13; en J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 85.

100 'Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter', *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 331, nr. 3, p. 13 (MvT).

101 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 331, A (Advies Wo1.02.0179/I).

gevallen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid toepaste,¹⁰² leidde dit tot kritiek van De Lange, die meende dat art. 3:12, art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW ‘geen vrijbrief geven om van de wet af te wijken’, maar slechts zijn bedoeld als ‘billijkheidscorrectie op contractuele verplichtingen’.¹⁰³

De Hoge Raad legt het verband met art. 120 Grondwet sinds kort wel. Hij werd geconfronteerd met de vraag of een zorgverzekeraar kan worden verplicht tot het verstrekken of vergoeden van zorg die geen deel uitmaakt van het verzekerd pakket, indien de verzekerde patiënt aan die zorg behoefte heeft. Dat zou kunnen worden gezien als een mensenrechtenkwestie, waarbij art. 2 (recht op leven), 3 (onmenselijke behandeling) en 8 (recht op privéleven) EVRM een rol zouden kunnen spelen, ook al hebben patiënten zich tot nu toe zonder veel succes tot het EHRM gewend.¹⁰⁴ Het internationale recht was echter ‘in deze zaak niet aan de orde (gesteld)’, aldus de Hoge Raad.¹⁰⁵ Hij hield dus de mogelijkheid open dat het internationale recht wel een rol speelde, maar ging niet nader op de kwestie in. Dat kon hij ook niet doen, omdat ambtshalve cassatie in civiele zaken niet is toegestaan,¹⁰⁶ ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in cassatie slechts mogelijk is als partijen de gelegenheid krijgen zich over die gronden uit te laten¹⁰⁷ en het EVRM niet tot ambtshalve toetsing verplicht.¹⁰⁸ Dat hoefde hij ook niet te doen, omdat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wél nadrukkelijk in het debat was betrokken. In cassatie stond de vraag centraal of de rechter op die grond mocht afwijken van de dwingendrechtelijk bij en krachtens de Zorgverzekeringswet geregelde dekking. De Hoge Raad zette deze vraag in de sleutel van art. 120 Grondwet en verwees daarbij naar het *Harmonisatiewet*-arrest:

¹⁰² Bijv. in Oordeel 2006-20, gepubliceerd in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 311-320.

¹⁰³ R. de Lange, ‘Knelpunten in het gesloten stelsel’, in: *Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW*, Utrecht: CGB 2009, p. 168.

¹⁰⁴ Klachten over de toegang tot experimentele medische behandelingen werden niet-ontvankelijk verklaard (EHRM 6 mei 2014, 62804/13 (*Durissotto/Italië*)) of leidden niet tot een schending van art. 2, 3 en 8 EVRM (EHRM 13 november 2012, 47039/11 en 358/12 (*Hristozov e.a./Bulgarije*)). Klachten over het niet-vergoeden van medische kosten werden niet-ontvankelijk verklaard (EHRM 21 maart 2002, 65653/01 (*Nitecki/Polen*)) of leidden alleen op procedurele gronden tot een schending van art. 2 EVRM, omdat de nationale autoriteiten verschillende rechterlijke uitspraken niet hadden opgevolgd (EHRM 10 april 2012, 30909/06 (*Panaïtescu/Roemenië*)).

¹⁰⁵ HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *JB* 2015/48, m.nt. R.J.B. Schutgens & F.S. Bakker (*Bosentan*), r.o. 3.6.1.

¹⁰⁶ E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/273.

¹⁰⁷ Asser/Korthals Altes & Groen 2015/276.

¹⁰⁸ EHRM 15 november 1996, 18877/91 (*Ahmet Sadik/Griekenland*); A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vermogensrecht algemeen. 3-1**, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/202.

‘In verband met het grondwettelijke verbod wetten in formele zin te toetsen aan ander recht dan internationaal recht (art. 120 Grondwet), kan de rechter de afweging van de wetgever niet toetsen aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht (vgl. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (Harmonisatiewet)). Dat geldt ook indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW).’¹⁰⁹

Toch maakte de Hoge Raad van de gelegenheid gebruik om een uitzondering te maken. Daarvoor biedt het *Harmonisatiewet*-arrest ook ruimte als sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever.¹¹⁰ De Hoge Raad benutte deze mogelijkheid hier voor het eerst expliciet.¹¹¹ Er kan ‘bij hoge uitzondering’ een aanspraak op vergoeding van zorg of verstrekking van een geneesmiddel bestaan, met name voor gevallen ‘waarin de betrokken zorg of het betrokken geneesmiddel niet (...) in het verzekerd pakket is opgenomen om redenen die niet of niet geheel overeenstemmen met hetgeen de wetgever voor ogen heeft gestaan met betrekking tot de samenstelling van dat pakket’. Daarbij moet rekening worden gehouden met een viertal gezichtspunten.¹¹² Anders dan het cassatiemiddel aanvoerde, bestaat ook ruimte voor deze uitzondering in het kader van de zorgverzekeringsovereenkomst.¹¹³ In die privaatrechtelijke context kan de aanspraak van de verzekeringnemer jegens de verzekeraar namelijk worden ‘gegrond op de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 en 6:248 BW’.¹¹⁴

Zonder ‘rugdekking’ uit Straatsburg ging de Hoge Raad ook in deze zaak vrij ver in zijn uitleg van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Met een beroep op ‘regels van ongeschreven recht’ had de Centrale Raad van Beroep eerder al een vergelijkbare uitzondering op de voormalige Ziekenfondswet aanvaard.¹¹⁵ Tegelijkertijd erkende de Hoge Raad dat de rechter bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid de constitutionele grenzen van art. 120 Grondwet zal moeten

¹⁰⁹ *Bosentan*, r.o. 3.6.1.

¹¹⁰ *Bosentan*, r.o. 3.6.2.

¹¹¹ Aldus ook Schutgens en Bakker in hun annotatie in *JB* 2015/48, sub 6-7.

¹¹² *Bosentan*, r.o. 3.6.3.

¹¹³ De invoering van de Zorgverzekeringswet in 2006 creëerde één wettelijk verzekeringsregime, dat overwegend publiekrechtelijk is geregeld, maar tegelijkertijd een privaatrechtelijke component kent, omdat tussen partijen een verzekeringsovereenkomst in de zin van titel 7.17 BW tot stand komt.

¹¹⁴ *Bosentan*, r.o. 3.6.4. De aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid liggen hier dicht tegen elkaar aan. De aanspraak van de verzekerde kan worden gegrond op de aanvullende werking, terwijl het beroep van de verzekeraar op de dwingendrechtelijke regeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

¹¹⁵ CrvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653 en CrvB 17 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BF0927, waarnaar de Hoge Raad ook verwijst in *Bosentan*, r.o. 3.6.2.

respecteren, terwijl hij niet uitsloot dat het internationale recht een rol had kunnen spelen, als partijen zich daarop hadden beroepen.

Het is verleidelijk te denken dat dit alles een kwestie is van definitie. Maakt het daadwerkelijk verschil of de uitkomst het resultaat is van toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen, aan het EVRM, aan 'regels van ongeschreven recht' of aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid? Zou de rechter zonder algemene wettelijke redelijkheids- en billijkheidsbepalingen niet tot dezelfde resultaten zijn gekomen?¹¹⁶ Is elke bescherming van grondrechtelijke belangen via het privaatrecht niet in wezen een verkapte toepassing van constitutioneel recht, slechts gerechtvaardigd voor zover de uitkomst door de constitutionele beugel kan?¹¹⁷ En verdient in dat geval directe toepassing van grondrechten niet de voorkeur, omdat grondrechten, anders dan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, duidelijk articuleren welke belangen om bescherming vragen?¹¹⁸

Hoe verleidelijk deze perspectieven ook zijn, de hiervoor besproken jurisprudentie laat tegelijkertijd zien dat de uitkomst wel degelijk kan verschillen, afhankelijk van de grondslag voor het buiten toepassing laten van een wettelijke bepaling. De bescherming van grondrechtelijke belangen is daarom juist gebaat bij de erkenning dat elk rechtsgebied daaraan een aanzienlijke bijdrage kan leveren. Soms kan het privaatrecht verdergaan dan het EVRM vereist, soms kan het daardoor juist worden geïnspireerd of gecorrigeerd. Om de ruimte te bepalen is het noodzakelijk inzicht te hebben in het samenspel tussen internationaal en Europees recht, staatsrecht én privaatrecht. Partijen beroepen zich immers niet altijd op het EVRM, de rechtspraak van het EHRM is niet steeds even duidelijk en de rechter moet hoe dan ook opereren binnen het wettelijk en grondwettelijk stelsel. Juist in deze context kunnen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van grote en toegevoegde waarde zijn voor de bescherming van grondrechten.

¹¹⁶ Volgens Hesselink is 'de redelijkheid en billijkheid in het wetboek overbodig': M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 419-420.

¹¹⁷ Aldus M. Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law', *German Law Journal* 2006, p. 341-369, 359. Micklitz spreekt van 'hidden constitutionalization', zie H.-W. Micklitz, 'Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation before European Courts', in: E. Terry e.a. (red.), *Landmark Cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuyck*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2013, p. 633-652.

¹¹⁸ Zoals Emaus betoogt in J. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2013, p. 38.

6. Conclusie

Het EVRM biedt de nationale autoriteiten de ruimte voor een eigen invulling en toepassing van de door het EVRM erkende rechten, met name als een bepaald probleem Straatsburg nog niet heeft bereikt, het EHRM geen duidelijk antwoord heeft gegeven of de nationale autoriteiten een aanzienlijke beoordelingsvrijheid laat. Bij het invullen van die ruimte mag de rechter vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet maar beperkt gebruikmaken van de bepalingen uit de Grondwet. Deze constitutionele leemte wordt grotendeels gevuld doordat de rechter op grond van art. 94 Grondwet wel bevoegd is wetgeving te toetsen aan internationaal recht met rechtstreekse werking. Maar ook deze bevoegdheid kent grenzen. De rechter is gebonden aan de uitleg van het EVRM door het EHRM en is ook bij het remediëren van een schending van het EVRM afhankelijk van de mogelijkheden die het wettelijk stelsel hem biedt. Volgens staatsrechtjuristen is de Hoge Raad in de praktijk dan ook terughoudend als hij zich niet kan beroepen op een duidelijke interpretatie van het EVRM door het EHRM.

In deze bijdrage heb ik deze conclusie willen nuanceren door te laten zien dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen worden ingezet om grondrechtelijke belangen verdergaand te beschermen dan uit het EVRM volgt. Ik richtte mij specifiek op art. 6:2 lid 2 BW, de privaatrechtelijke pendant van art. 94 Grondwet. De rechter kan op die grond een wettelijk voorschrift in het concrete geval buiten toepassing laten wegens strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Daarbij is hij niet met handen en voeten gebonden aan de rechtstreekse werking en uitleg van het internationale recht, maar wel aan de grenzen van art. 120 Grondwet: een uitzondering mag alleen worden gemaakt als sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever.

Binnen deze grenzen kan de rechter door middel van toetsing aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling geven aan de door het EVRM erkende rechten. De rechtspraak laat zien dat de Hoge Raad dit ook doet als er geen ‘rugdekking’ is van het EHRM, of als partijen geen beroep hebben gedaan op internationaal verdragsrecht. Algemene bepalingen als art. 6:2 lid 2 BW zorgen dus ook in deze context voor de noodzakelijke informatie, legitimatie, positionering en structurering. Zij kunnen niet alleen dienen als hulpmiddel om grondrechten indirecte werking te verlenen, maar ook als instrument om grondrechten verdergaand te beschermen dan uit het EVRM volgt.

Een kwart eeuw later: van benzinemonster naar rijdende iPad

Vooruitgang in het verkeersongevallenrecht: aansprakelijkheid of verzekering?

Ton Hartlief^f

I. Constante, verandering en vooruitgang

HJS. De afgelopen 25 jaar, alleen al door een gestage stroom *NJ*-noten, een constante in het burgerlijk recht, dat de afgelopen decennia juist geen toonbeeld van rust is geweest. Vooral op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht volgen de ontwikkelingen elkaar snel op en is van constanten nauwelijks sprake. Ook de relevante thema's wisselen. In deze bijdrage staat een onderwerp centraal dat in de jaren '90, de beginjaren van Henk Snijders als hoogleraar aan het Rapenburg, de gemoederen nogal bezighield, daarna steeds minder aandacht kreeg maar anno 2016 'opeens' weer op de agenda staat: verkeersaansprakelijkheid. Vooruitgang is hier een trefwoord, technologische vooruitgang althans. In de vorige eeuw gaf de opkomst van de 'automobil' net als in andere landen aanleiding tot een bijzondere aansprakelijkheidsregeling in het voordeel van de slachtoffers van dit 'benzinemonster' (eerst art. 25 Motor- en Rijwielwet, later art. 31 Wegenverkeerswet).² De afgelopen decennia zijn grote slagen gemaakt op het terrein van verkeersveiligheid.³ Daarbij is sterk geprofiteerd van technologische vooruitgang. Juist op dat front lijken de ontwikkelingen steeds maar sneller te gaan. Aan het begin van de 21^e eeuw is de auto een 'rijdende iPad'⁴ geworden en daar houdt het niet op: de rol van de mens als bestuurder zal steeds verder worden teruggedrongen en wellicht tot nul worden gereduceerd. Er wordt wel beweerd dat we rond 2020 al de eerste echt zelfrijdende auto's op de commerciële markt kunnen verwachten. Deze ontwikkelingen zullen,

¹ Prof. mr. T. Hartlief is advocaat-generaal bij de Hoge Raad en deeltijdhoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Van 1996-2001 was hij hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en directe buurman van Henk Snijders in het pand Rapenburg 38. Met ontwikkelingen na 1 april 2016 kon geen rekening meer worden gehouden.

² Zie H.A. Bouman, 'De ontmoeting met het benzinemonster', in J.H. Wansink e.a. (red.), *Een Salomons oordeel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 35 e.v.

³ Dat wil niet zeggen dat we op onze lauweren kunnen rusten. Willen we eerder geformuleerde doelstellingen halen dan zullen juist extra inspanningen nodig zijn. Zie *Kamerstukken II* 2014-2015, 29 398, nr. 466.

⁴ Een beeld van Corien Prins, 'Heeft U nog de controle over uw auto?', *NJB* 2015, p. 2269.

dat is de kern van deze bijdrage, hun weerslag op het verkeersongevallenrecht hebben. Een oud debat zal opblazen.

2. Onderweg naar morgen

Vlak voor de jaarwisseling verscheen een visiedocument van het Verbond van Verzekeraars waarin door autoverzekeraars een onderzoek naar een stelselherziening – van aansprakelijkheidsverzekering naar verkeersverzekering – werd aangekondigd.⁵ Twee (verwachte) ontwikkelingen vormen de achtergrond. In de eerste plaats zien verzekeraars een verdere verschuiving voor zich van *autobezit* naar enkel *autogebruik*: er komen steeds meer, door internet ook gemakkelijk bereikbare, alternatieven voor consumenten om in hun mobiliteitsbehoefte te voorzien zonder dat ze daarvoor een auto hoeven aan te schaffen. In de tweede plaats wijzen zij op de komst van autonoom opererende, zelfrijdende auto's die (zullen gaan) communiceren met andere auto's én met infrastructuur. Juist deze ontwikkeling verdraagt zich slecht met toepassing van het klassieke verkeersaansprakelijkheidsrecht en daarop geënte verzekeringen. In het aansprakelijkheidsrecht staat immers, ook waar het gaat om een regeling als die van art. 185 WvW, het gedrag van de bestuurder centraal, terwijl bij zelfrijdende auto's, als er iets misgaat niet de bestuurder maar veeleer de autofabrikant of de systeemproducent in beeld komen. En wellicht ook nog de wegbeheerder bijvoorbeeld vanwege gebreken in de infrastructuur. Het idee van verzekeraars om in verband met de lastige aansprakelijkheidskwesties die dan kunnen ontstaan (slachtoffers komen bijvoorbeeld eerder dan nu het geval is voor de vraag te staan *wie* aansprakelijk is (waar ligt de fout immers?))⁶ én in verband met het belang ook van 'bestuurders' bij verzekering – zij zijn straks immers eigenlijk niet meer dan inzittende – na te denken over een verkeersverzekering sluit aan bij recente voorstellen in de doctrine.⁷ Daarmee zijn we in deze 21^e eeuw in wezen terug bij een 'oude' discussie over verbetering van de positie van de verkeersslachtoffers die gedomineerd wordt door de vraag 'aansprakelijkheid of verzekering?'.

⁵ *Onderweg naar morgen*, Den Haag 2015; www.verzekeraars.nl.

⁶ Zie behalve de in noot 7 genoemde literatuur A.I. Schreuder, 'Aansprakelijkheid voor "zelfdenkende" apparatuur', *AV&S* 2014, p. 131 e.v.; N.E. Vellinga, 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een autonome auto', *VR* 2014, p. 371 e.v. en T.F.E. Tjong Tjin Tai & S. Boesten, 'Aansprakelijkheid, zelfrijdende auto's en andere zelfbesturende objecten', *NJB* 2016, p. 656 e.v.

⁷ Zie bijv. K.A.P.C. van Wees, 'Aansprakelijkheidsaspecten van (deels) zelfrijdende auto's', *AV&S* 2015, p. 179, dezelfde, 'Enkele juridische aspecten van (deels) zelfrijdende auto', *Computerrecht* 2015, p. 321 en R. van Eijck & G. van Dijk, 'Pelotonrijden en aansprakelijkheid', *AV&S* 2015, p. 185.

3. Risicoaansprakelijkheid of verkeersverzekering?

3.1. *Twee aansprakelijkheidsgronden bepalen het beeld*

Die discussie heeft kritiek op het verkeersongevallenrecht als achtergrond. Zeker in de tweede helft van de vorige eeuw is daar de nodige aandacht naar uitgegaan.⁸ In de kern ziet deze kritiek op de problemen die verkeersslachtoffers ontmoeten wanneer zij schadevergoeding wensen. Daarbij moet worden bedacht dat de meeste verkeersongevallen nog altijd vallen onder het regime van art. 6:162 BW. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer bijvoorbeeld alleen motorrijtuigen (auto's, bromfietsen, motoren) of alleen ongemotoriseerden (voetgangers, fietsers) bij het ongeval betrokken zijn. Hoewel veel aandacht uitgaat naar het bijzondere regime van art. 185 WvW, biedt dit slechts uitkomst voor een beperkte categorie verkeersongevallen. De meeste verkeersongevallen worden afgewikkeld onder de noemer van art. 6:162 BW. De kritiek op het stelsel betreft vooral het gegeven dat een deel van de door verkeersslachtoffers geleden personenschade zonder vergoeding blijft. Dat is uiteraard bij eenzijdige ongevallen het geval. Ook het regime van art. 6:162 BW kent natuurlijk zijn beperkingen; elk vereiste voor aansprakelijkheid is een te nemen horde. Meer in het algemeen geldt dat de weg die loopt via het aansprakelijkheidsrecht belastend, tijdrovend en kostbaar is. Tegen deze achtergrond is al veel eerder de vraag opgeworpen of het niet beter is over te stappen op een ander type vergoedingssysteem. In dit kader wordt dan vaak de al genoemde figuur van de verkeersverzekering naar voren geschoven. In een verkeersverzekeringssysteem sluit de gemotoriseerde een verzekering die behalve zijn eigen schade ook die van (een aantal) andere verkeersdeelnemers dekt, zij het niet op basis van aansprakelijkheid. Verdient dit de voorkeur boven het verbeteren van de mogelijkheden binnen het aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld door invoering van een risicoaansprakelijkheid? Dat is de kernvraag die het debat over de vergoeding van verkeersslachtoffers lange tijd heeft gedomineerd. 'Risicoaansprakelijkheid of verkeersverzekering?' dus. Wat maakt het eigenlijk uit?

3.2. *Het ene stelsel is het andere niet*

In een stelsel van *risicoaansprakelijkheid* dat, wil het echt wat voorstellen, gecombineerd zou moeten worden met een (zeer) beperkt eigenschuldverweer, worden de ongemotoriseerde slachtoffers van een ongeval met een motorrijtuig vergoed door de aansprakelijkheidsverzekeraar van het motorrijtuig. Deze aansprakelijkheid kan, maar dat hoeft niet, ook betrekking hebben op de botsingen tussen motorrijtuigen onderling. In een dergelijk stelsel vergoedt de aansprakelijkheidsverzekeraar de schade van de inzittende van het andere voertuig en vice versa. In een systeem van *verkeersverzekering* sluit de automobilist een verzekering. Zij dekt de personen-

⁸ Zie met verdere verwijzingen T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, (2e druk), Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 7.

schade⁹ van getroffen ongemotoriseerden alsmede die van inzittenden, onder wie in de ‘klassieke’ verkeersverzekering ook de bestuurder zelf wordt begrepen. Bij een aanrijding tussen twee motorrijtuigen claimt ieder slachtoffer bij de verzekeraar van het motorrijtuig waarin hij zat.¹⁰ In een dergelijk systeem vervalt het aansprakelijkheidsrecht.

Voor *ongemotoriseerden* maakt het niet veel uit voor welk stelsel wordt gekozen: zij krijgen hun schade in het aansprakelijkheidssysteem vergoed van de aansprakelijkheidsverzekeraar van het motorrijtuig, terwijl in het tweede systeem de verkeersverzekeraar van datzelfde motorrijtuig de schade vergoedt.¹¹ Voor de *inzittenden* is de vraag in eerste instantie wat de reikwijdte is van een eventuele risicoaansprakelijkheid. Heeft zij namelijk alleen betrekking op ongemotoriseerden dan zullen inzittenden op basis van art. 6:162 BW ofwel hun eigen bestuurder dan wel een derde (voetganger/fietser of andere bestuurder) aansprakelijk moeten stellen. Heeft de risicoaansprakelijkheid echter een ruimer bereik dan kan eventueel (de WAM-verzekeraar van) een bestuurder op basis van de risicoaansprakelijkheid aansprakelijk worden gesteld. Vooral bij de *bestuurder* blijken echter de verschillen tussen het ene en het andere stelsel. Voor de bestuurder biedt de verkeersverzekering juist uitkomst in die gevallen waarin hij zelf een fout heeft gemaakt en uiteraard ook bij de eenzijdige ongevallen. In een aansprakelijkheidsstelsel, ook al wordt dat dan gedomineerd door risicoaansprakelijkheid, zou hij dan met (een deel van) zijn schade blijven zitten.

3.3. *Er is méér dan vergoeding*

In het debat over de juiste oplossing gaat, dat is in het verleden wel gebleken, veelal de meeste aandacht uit naar het vergoedingsaspect, maar uiteindelijk komen ook andere thema's in beeld.¹² Zo gaat het bijvoorbeeld ook om kosten en preventie. Vanuit vergoedingsoogpunt gooit de verkeersverzekering de hoogste ogen, nu zij immers gericht is op vergoeding van de schade van ongemotoriseerden, inzittenden en in ieder geval in de klassieke verkeersverzekeringsvariant, ook van de bestuurder. Daar komt nog het voordeel bij dat men zijn eigen verzekeraar aanspreekt in plaats van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de ander, zij het dat dit ‘harmoniemodel’argument ook niet moet worden overdreven. Ook met de eigen verzekeraar kan men immers in conflict komen. In deze verhouding is premie-

⁹ Zaakschade wordt in de regel buiten zo'n systeem van verkeersverzekering gehouden.

¹⁰ In de praktijk wordt een dergelijk systeem nu reeds af en toe toegepast bij grote kettingbotsingen. Dat is bijv. ook gebeurd bij de afwikkeling van de gevolgen van de zeer grote kettingbotsing op 16 september in 2014 op de A58 in Zeeland waarbij ongeveer 150 voertuigen in dichte mist op elkaar botsten en waarbij twee doden en elf zwaargewonden vielen.

¹¹ Dat maakt uiteraard wel uit wanneer in een stelsel van verkeersverzekering zou worden getornd aan het vergoedingsniveau.

¹² Zie onder veel meer, ook met verdere verwijzingen, M. van Dam, *Verkeersongevallen. Een rechtseconomisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering* (diss. Maastricht), Den Haag: Bju 2001.

differentiatie wel eenvoudiger: men verzekert zijn eigen schade, zodat iemand met een hoog inkomen een hogere premie betaalt, dan iemand met een laag inkomen.¹³ Tegelijkertijd kent een verkeersverzekering ook scherpe kanten. Zo wordt wel gesteld dat verkeersverzekering een vrij dure oplossing is die, willen de premies beheersbaar blijven, eigenlijk alleen mogelijk is wanneer invoering gepaard gaat met afschaffen van de regresrechten van verzekeraars en uitkeringsinstanties dan wel met verlaten van het uitgangspunt van volledige schadevergoeding. Dit laatste kan geschieden in de vorm van ‘aftopping’, maar kan ook door invoering van een eigen risico. Dat verkeersverzekering een dure oplossing is, is relevant in verband met het gevaar van onverzekerd rijden. Een ander bekend discussiepunt is dat invoering van een stelsel van verkeersverzekering zou leiden tot zeer forse verhoging van de premies voor gemotoriseerde tweewielers, die bijzonder kwetsbaar zijn. In het verleden is wel gesproken van een mogelijke vertienvoudiging.¹⁴ Tegen verkeersverzekering wordt wel ingebracht dat de eventuele preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht verloren zou gaan. Het klassieke bonus/malusstelsel zou minder goed passen bij verkeersverzekering, omdat zij nu eenmaal geen aansprakelijkheid dekt. Ook bij *first party*-verzekeringen, waarvan verkeersverzekering eigenlijk een voorbeeld is, is beloning en bestraffing echter mogelijk. Zo kan ook bij eigen verzekeringen preventie worden gestimuleerd, bijvoorbeeld door gebruik te maken van instrumenten als verhoging van de premie, introductie van een eigen risico en opzegging en dergelijke. Verder kunnen tarief- en acceptatiebeleid bijvoorbeeld afhankelijk gesteld worden van de veiligheid van het motorrijtuig.

4. Meer dan een kwart eeuw verkeersongevallenrecht in vogelvlucht

4.1. Lange aanloop naar de Notitie Verkeersaansprakelijkheid

Deze discussie heeft ons verkeersongevallenrecht niet ongemoeid gelaten. Reeds in de jaren ‘60 van de vorige eeuw, niet toevallig ook de periode waarin de sociale verzorgingsstaat opkomt,¹⁵ is de vraag gerezen of de vergoeding van slachtoffers

¹³ Zie voor een opsomming van de voor- en nadelen van de verschillende systemen S. Luyt, ‘Een impressie van het symposium Verkeersaansprakelijkheid’, VR 1990, p. 310.

¹⁴ Daarop wordt verschillend gereageerd. Zo zouden H.A. Bouman & A.J.O. van Wassenae van Catwijck, ‘Verkeersaansprakelijkheid op de helling’, VR 1993, p. 224 kiezen voor een solidariteitsheffing en -korting, terwijl A.R. Bloembergen, ‘Verkeersaansprakelijkheid en preventie’, VR 1995, p. 4 juist de consequenties zou willen aanvaarden: dan maar geen vervoer per gemotoriseerde tweewieler meer. In die richting ook M.G. Faure, ‘Solidariteit en individualisering in private verzekeringen en sociale zekerheid’, NJB 2005, p. 1788.

¹⁵ Juist in die tijd (1965) bepleitte Bloembergen in zijn Leidse oratie afschaffing van het ongevallenrecht. Zie A.R. Bloembergen, *Naar een nieuw ongevallenrecht*, opgenomen in *Bloembergens werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 51 e.v.

van verkeersongevallen niet beter *buiten* het aansprakelijkheidsrecht kan worden gerealiseerd.¹⁶ In de jaren '70 krijgt dat een zekere dynamiek door diverse publicaties van onder andere Snijders' promotor Bloembergen en van Van Wassenauer van Catwijck,¹⁷ maar ook door het in 1978 uitgebrachte rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid. Deze door de Minister van Justitie ingestelde Studiegroep spreekt in haar rapport opmerkelijk genoeg geen voorkeur uit voor het ene stelsel (risicoaansprakelijkheid) of het andere (verkeersverzekering).¹⁸ Dat doet de regering ruim tien jaar later wel in de op verzoek van de Tweede Kamer verschenen Notitie Verkeersaansprakelijkheid:¹⁹ zij zet haar geld op dat moment op een stelsel van risicoaansprakelijkheid met vergaande beperking van het eigenschuldverweer.

4.2. *De Hoge Raad trekt het dossier aan zich*

Tot wetgeving heeft dat echter niet meteen geleid.²⁰ Deze 'stilstand' is, zo wordt wel aangenomen, reden geweest voor de Hoge Raad om zelf rechtsvormend op te treden in het kader van art. 185 WvW (althans zijn voorloper art. 31 WvW). In dit verband heeft de Hoge Raad een systeem gebouwd waarin niet alleen de positie van ongemotoriseerden (100%-regel voor ongemotoriseerden jonger dan veertien jaar,²¹

¹⁶ Zie A.R. Bloembergen, *Dient de wettelijke aansprakelijkheid bij verkeersongevallen vervangen te worden door een stelsel van verzekering?* (Preadvies NJV, HNJV 1967-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 1 e.v.

¹⁷ Zie onder veel meer A.R. Bloembergen, 'Naar een nieuw verkeersongevallenrecht', *NJB* 1973, p. 961 e.v. en p. 998 e.v. en A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Verkeersverzekering* (oratie VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1977.

¹⁸ *Deel 1: Vergoeding van schade door dood of letsel*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1978, dat kritisch is besproken door A.R. Bloembergen, 'Het rapport over het verkeersongevallenrecht', *NJB* 1978, p. 693 e.v.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 528, nr. 1, p. 30 e.v.

²⁰ Dat heeft er onder meer ook mee te maken dat in de eerste helft van de jaren '90 van de vorige eeuw juist ook onder invloed van het zuivere kostenallocatie-denken ('de vervuiler betaalt') uitbreiding van de regresrechten aan de orde was, terwijl in het kader van de stelselherziening verkeersaansprakelijkheid, zeker in verband met het beheersbaar houden van de verzekeringspremies, juist beperking van de regresrechten werd bepleit. Zie in dit verband bijv. N.M. van der Horst, 'Verkeersverzekering', in: H.A. Bouman e.a. (red.), *In volle verzekerdheid* (Van Wassenauer van Catwijck-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 277 e.v. alsmede R. Cleton, 'De talmende wetgever; enkele oprispingen over verkeersaansprakelijkheid', in: *Heer in het verkeer*, Den Haag: ANWB 1996, p. 17-18.

²¹ Behoudens opzet of daaraan grenzende roekeloosheid is de gemotoriseerde voor 100% aansprakelijk. Deze regel is de consequentie van HR 1 juni 1990, *NJ* 1991/720, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ingrid Kolkman*) en HR 31 mei 1991, *NJ* 1991/721, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marbeth van Uitregt*), waarin de Hoge Raad strikt genomen voor deze categorie slachtoffers het overmachtverweer heeft afgeschaft en eigenlijk ook het eigenschuldverweer.

50%-regel voor de oudere slachtoffers²²), maar ook die van regresnemers (zij profiteren niet van de bijzondere voor de ongemotoriseerden ‘geschreven’ jurisprudentiële regels²³) en zelfs die van de gemotoriseerde slachtoffers die ex art. 6:162 BW een ongemotoriseerde ‘dader’ moeten aanspreken zijn ‘geregeld’ (art. 185 WVV heeft ‘reflexwerking’,²⁴ maar de bijzondere in de rechtspraak ontwikkelde eigenschuldregels reflecteren niet²⁵). Zonder moeite ging dat niet: sommige onderwerpen gaven nog een fors aantal jaren later (reflexwerking in 2001 na het eerste arrest uit 1987 en regresnemers in 2015²⁶ na de eerste beslissingen uit 1995) aanleiding tot nadere uitwerking en precisering. Of de rechtspraak van de Hoge Raad werkelijk kon rekenen op steun van de bevolking was de vraag, de vergaande bescherming van voetgangers en fietsers ontmoette niet alleen maar begrip, maar wetgevend ingrijpen is, ondanks dat de Hoge Raad de grenzen van zijn rechtsvormende taak volgens sommigen overschreed,²⁷ niet aan de orde geweest.

4.3. *Wetsvoorstel verkeersongevallen en het ontbreken van draagvlak*

Sterker nog: in 1997 werd uiteindelijk toch een wetsvoorstel verkeersongevallen ingediend dat risicoaansprakelijkheid als uitgangspunt had en duidelijk voortbouwde op de art. 185 WVV-rechtspraak.²⁸ Het bereik van de 100%-regel²⁹ werd uitgebreid naar slachtoffers van veertien jaar en ouder en bovendien zouden ook inzittenden en zelfs bepaalde bestuurders (namelijk diegenen die als werknemer aan het verkeer deelnemen) een vergelijkbare bescherming krijgen. Het wetsvoorstel voorzag in een regeling in Boek 8 BW voor de ongemotoriseerde slachtoffers (art. 8:1203 in het voorstel) en de inzittenden (art. 8:1204) en in het opnemen van een art. 7:658a³⁰ in de regeling van de arbeidsovereenkomst voor de

22 Voor deze categorie slachtoffers geldt dat zij nog wel met het overmachtverweer kunnen worden geconfronteerd. Slaagt dat echter niet dan krijgen zij in geval van een eigenschuldverweer nooit minder dan 50% vergoed. Zie HR 28 februari 1992, NJ 1993/566, m.nt. C.J.H. Brunner (*IZA/Vrerink*) en HR 24 december 1993, NJ 1995/236, m.nt. C.J.H. Brunner (*Anja Kellenaers*).

23 HR 2 juni 1995, NJ 1997/700-702, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marloes de Vos e.a.*) en HR 5 december 1998, NJ 1998/400-402, m.nt. Jac. Hijma (*Saïd Hyati e.a.*).

24 HR 6 februari 1987, NJ 1988/57, m.nt. C.J.H. Brunner (*Saskia Mulder*).

25 HR 4 mei 2001, NJ 2002/214, m.nt. C.J.H. Brunner (*Chan/Maalsté*).

26 Resp. HR 4 mei 2001, NJ 2002/214, m.nt. C.J.H. Brunner (*Chan/Maalsté*) en HR 10 juli 2015, NJ 2016/26, m.nt. M.M. Mendel (*Achmea/Menzis*).

27 Zie in dit verband G.H.A. Schut, ‘Wetgevende rechtspraak’, *RMThemis* 1992, p. 353 e.v.

28 Zie M. Faure & T. Hartlief (red.), *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen: Intersentia 1998.

29 Met dit verschil dat anders dan in de rechtspraak van de Hoge Raad niet als uitzondering ‘opzet of daaraan grenzende roekeloosheid’ werd voorgesteld maar ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ overigens zonder dat daarmee een drastische koerswijziging werd beoogd. Vgl. *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 579, nr. 3, p. 42.

30 Niet te verwarren met het huidige art. 7:658a BW dat een geheel andere achtergrond en inhoud heeft.

bestuurder/werknemer. De aansprakelijke persoon in het voorstel is bij de ongemotoriseerd de bezitter van het betrokken motorrijtuig en bij de inzittenden de bezitter van het motorrijtuig waarin zij zich bevonden, terwijl het bij de bestuurder/werknemer om de werkgever zou gaan die steeds, ook bij een eenzijdig ongeval dus, aansprakelijk zou zijn jegens de getroffene. Voor een verkeersverzekeringsvariant is destijds bewust niet gekozen, omdat dan de WAM ingrijpend zou moeten worden gewijzigd én, politiek niet onbelangrijk, regresnemers zouden in een dergelijk stelsel niet kunnen meeprofiten.³¹ De wel gekozen vergaande bescherming ‘binnen’ het aansprakelijkheidsrecht kon echter evenmin op politieke steun rekenen. Zelfs een afgezwakte versie³² kon niet bekoren en uiteindelijk is het wetsvoorstel verkeersongevallen in 1999 ingetrokken.

4.4. Herinrichting van en alternatieven voor het aansprakelijkheidsrecht?

Toen werd het opnieuw stil aan het wetgevingsfront. Verder dan – heel even – onder meer onder druk van een (dreigende) claimcultuur hardop nadenken over herinrichting van het aansprakelijkheidsrecht in welk verband ook alternatieven als directe verzekering en verkeersverzekering naar voren werden geschoven zijn we niet gekomen.³³ Een in dit verband door het Ministerie van Justitie samengestelde werkgroep is enkele malen bij elkaar geweest, maar tot enig tastbaar resultaat heeft dat niet geleid. Enkele jaren later geloofde Minister van VWS, Peijs, ook niet dat een buiten het aansprakelijkheidsrecht gesitueerde oplossing wel de eindstreep zou kunnen halen.³⁴

‘Het hierboven beschreven stelsel (van het huidige recht, TH) dat uitgaat van een verplichte verzekering indien de derde voor deze letselschade aansprakelijk is, en een keuzevrijheid voor de bestuurder voor het geval deze schade door eigen toedoen is veroorzaakt, voldoet naar mijn mening. Ik zie dan ook geen aanleiding om via collectieve voorzieningen of andere opties te bewerkstelligen dat onder alle omstandigheden de letselschade van bestuurders vergoed wordt. Bij mogelijke andere opties moet men vooral denken aan een verplichte verkeersverzekering. In dat verband verwijs ik naar een wetsvoorstel van enkele jaren (het wetsvoorstel verkeersongevallen, TH) geleden waarin voor de verkeersaansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid werd geïntroduceerd. Dat wetsvoorstel is gestrand wegens het ontbreken van een breed maatschappelijk draagvlak. Voor de invoering van een nog verdergaande

³¹ Kamerstukken II 1997-1998, 25 579, nr. 3, p. 20. Een verplichte Schadeverzekering Inzittenden is bewust niet gekozen.

³² De aansprakelijkheid zou dan reeds vervallen bij ‘roekeloosheid’. Zie F.Th. Kremer, ‘Op naar een nieuw wetsvoorstel verkeersongevallen?’, *Verkeersrechtelijke berichten* 1999, p. 123 e.v. en T. Hartlief, ‘De plannen van Korthals met betrekking tot het Wetsvoorstel verkeersongevallen’, *Tijdschrift voor Personenschade* 1999, p. 73 e.v.

³³ Kamerstukken II 2000-2001, 27 400 VI, nr. 54, p. 6-7.

³⁴ Beantwoording van vragen van de PvdA-Kamerleden Dijkema en Van Dijken (Tweede Kamer 2003-2004, Aanhangsel, 1804, p. 3821).

majeure verandering op dit terrein, te weten de invoering van een verkeersverzekeringssysteem, zal dan ook zeker weinig draagvlak bestaan.'

4.5. *De Hoge Raad zoekt de grenzen van zijn rechtsvormende taak op*

Uiteindelijk brak een nieuwe periode van rechtsvormend optreden door de Hoge Raad aan, zij het dat dit optreden onder de noemer van art. 7:611 BW specifiek betrekking heeft op de werknemer die in het kader van zijn werk betrokken raakt bij een verkeersongeval. In wezen ligt deze rechtsvormende arbeid in het verlengde van het zojuist genoemde art. 7:658a uit het wetsvoorstel verkeersongevallen.³⁵ De ene beslissing lokte vervolgens steeds weer andere uit: nadat de Hoge Raad in 2008³⁶ besliste dat de werkgever gehouden is voor zijn werknemers die als bestuurder van een motorrijtuig aan het verkeer deelnemen een behoorlijke verzekering af te sluiten,³⁷ werd hij herhaaldelijk geconfronteerd met vragen die betrekking hadden op de reikwijdte van deze verzekeringsverplichting. Ziet zij ook op ongemotoriseerde werknemers (ja, behalve dan waar het gaat om eenzijdig getroffen voetgangers³⁸) en heeft zij ook betrekking op woon-werkverkeer (nee³⁹)? In 2011 heeft de Hoge Raad in dit verband aangegeven dat de grenzen van zijn rechtsvormende taak in beeld zijn gekomen.⁴⁰ De verplichting van de werkgever zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering is beperkt tot aan de arbeidsgerelateerde verkeersongevallen⁴¹ en strekt ter bescherming van:

- a. bestuurders van motorrijtuigen;
- b. voetgangers en fietsers die het slachtoffer worden van een ongeval waarbij één of meer voertuigen betrokken zijn;
- c. fietsers die slachtoffer worden van een eenzijdig ongeval.

Van verdere uitbreiding wil de Hoge Raad niet weten, ook niet naar schade van een werknemer die tijdens zijn werk als voetganger betrokken raakt bij een eenzijdig ongeval. Verdere rechtsontwikkeling zou daarom van de wetgever moeten komen. De verwachting is overigens niet dat de wetgever dit dossier van de arbeidsgerelateerde schade oppakt, omdat dat verzwaring van de lasten voor het bedrijfsleven zou betekenen én in wezen uitbreiding van de sociale zekerheid. Het bijzondere van deze rechtspraak is dat de door de Hoge Raad gekozen constructie (afkondigen

³⁵ De kiem van deze bepaling ligt weer in HR 16 oktober 1992, NJ 1993/264, m.nt. P.A. Stein (*Schuitmaker/Bruinsma Tapijt*).

³⁶ Na 'voorstudies' in HR 13 januari 2001, NJ 2001/253, m.nt. P.A. Stein (*Vonk/Van der Hoeven*) en HR 9 augustus 2002, NJ 2004/235, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*De Bont/Oudenallen*).

³⁷ HR 1 februari 2008, NJ 2009/330 en 331 (*Maasman/Akzo en Kooiker/Taxicentrale*).

³⁸ HR 12 december 2008, NJ 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*) en HR 11 november 2011, NJ 2011/597 (*TNT/Wijenberg*).

³⁹ HR 19 december 2008, NJ 2009/333 (*Gündogdu/Frans Mulder*).

⁴⁰ HR 11 november 2011, NJ 2011/597 (*TNT/Wijenberg*).

⁴¹ Zij strekt zich dus niet uit naar 'gewone' arbeidsongevallen. Zie HR 11 november 2011, NJ 2011/598, m.nt. T. Hartlief (*Rooyse Wissel/Hagens*).

van een verplichting tot het afsluiten van een behoorlijke verzekering ten behoeve van de werknemers) de oplossing in de kern niet zoekt in aansprakelijkheid maar in verzekering, zodat het vergoedingsniveau ook niet *per definitie* dat van het aansprakelijkheidsrecht is. Al dan niet bewust heeft de Hoge Raad hiermee ook een impuls gegeven aan de verzekeringsmarkt die met nieuwe producten voor het bedrijfsleven moest komen.⁴² Deze producten zijn niet op aansprakelijkheidsleest geschoeid, dekken dus geen aansprakelijkheid maar schade, maar zoeken wat vergoedingsniveau betreft, net als de vrijwillige door velen afgesloten Schadeverzekering Inzittenden, in de regel wel aansluiting bij afdeling 6.1.10 BW.

5. Pas op de plaats

Deze korte excursie door meer dan een kwart eeuw verkeersongevallenrecht leert dat:

- de discussie over herziening van het stelsel niet heeft geleid tot de meest fundamentele stap (het aansprakelijkheidsrecht verlaten) maar is uitgemond in een wetsvoorstel dat een ruime categorie getroffen en binnen het aansprakelijkheidsrecht van een 100%-regime zou willen laten profiteren;
- voor invoering hiervan al snel politiek en maatschappelijk draagvlak bleek te ontbreken;
- de rechtsvorming uit de Kazernestraat is gekomen;⁴³
- enkel specifieke categorieën verkeersslachtoffers van deze inspanningen van de Hoge Raad profiteren: behalve de ongemotoriseerden binnen het bereik van art. 185 WVV gaat het dan om werknemers die in het kader van hun werk getroffen worden en onder de noemer van de art. 7:611-verzekeringsplicht recht op vergoeding hebben.

Daarmee is zeker enige vooruitgang geboekt, maar het verkeersongevallenrecht is eerder meer dan minder gecompliceerd en gefragmenteerd geworden. Waarom fundamentele stappen niet konden worden gezet, valt moeilijk met zekerheid te zeggen. Mijn indruk is dat een aantal factoren een rol heeft gespeeld:

- het gegeven dat er meer dan enkel een vergoedingsaspect aan stelselwijziging verbonden is; het gaat onder meer ook om kosten en preventie;
- onduidelijkheid over de gevolgen van het verlaten van het vertrouwde systeem (WAM);
- het feit dat ook grote financiële belangen van regresnemers in het geding zijn.⁴⁴

⁴² F.B. Bakels, 'Aan de vooravond van de derde van Bruinsma', *NJB* 2010, p. 546 suggereert een bewuste keuze door de Hoge Raad.

⁴³ Zie ook de kritische bijdrage van I.J. de Boer, 'De Hoge Raad als politiek rechtsvormer', in: W.H. van Boom & S.D. Lindenberg (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Bju 2014, p. 271 e.v.

⁴⁴ Ook andere 'spelers', denk aan de letselschadeadvocatuur, hebben overigens eerder wat te verliezen dan te winnen bij een dergelijke overstap.

Dat ook een risicoaansprakelijkheid met een ruim beschermingsbereik geen haalbare kaart bleek, heeft wellicht als oorzaak dat het juist om een oplossing *binnen* het aansprakelijkheidsrecht ging: aansprakelijkheid wordt nog altijd met ‘schuld en boete’ geassocieerd.⁴⁵ Hoe kan een vergaande bescherming van onge-motoriseerden binnen het aansprakelijkheidsrecht dan in Frankrijk (Loi Badinter) en België (art. 29bis WAM) wel mogelijk zijn? Dat komt wellicht doordat Nederland fietsland bij uitstek is en een vergelijkbare bescherming van een zeer grote groep die het niet altijd zo nauw neemt met de verkeersregels hier daarom meer weerstand oproept dan elders.⁴⁶ Duidelijk is ook dat de Hoge Raad de grenzen van zijn mogelijkheden heeft bereikt. Van hem kan niet worden verwacht dat hij een sluitend en volledig consistent systeem van verkeersongevallenrecht ontwikkelt. Hij moet het doen met het door de wetgever gestelde kader waarin art. 6:162 BW, art. 185 WvW en art. 7:658 en 7:611 BW de vertrekpunten zijn. Binnen dat kader lijkt de ruimte voor rechtsontwikkeling grotendeels benut.

6. Een nieuwe impuls

6.1. Van verkeersaansprakelijkheid naar productenaansprakelijkheid?

En toch lijkt fundamentele verandering op til. De opkomst van zelfrijdende auto's geeft een nieuwe impuls aan het debat,⁴⁷ doet namelijk vragen rijzen over de verhouding van verkeersaansprakelijkheid tot productenaansprakelijkheid en geeft ook aanleiding tot speculaties over een overstap op een systeem van verkeers-verzekering, zoals onder meer blijkt in het hiervoor al genoemde visiedocument van het Verbond van Verzekeraars.

Al langer worden technologische ‘snufjes’ veelal verplicht ingebouwd om de bestuurders van auto's te ondersteunen en een deel van hun taken over te nemen. Uiteindelijk leidt deze ontwikkeling naar volledig autonoom opererende auto's. Van zelfrijdende⁴⁸ auto's wordt veel verwacht, niet alleen waar het gaat om verkeersveiligheid (het systeem heeft geen last van menselijke beperkingen (vermoeidheid, afgeleid zijn) en kan sneller reageren), maar ook vanuit een oogpunt van brandstofgebruik en verbeteren van de doorstroming en verminderen van filedruk. Met elkaar communicerende (vracht)auto's kunnen bijvoorbeeld dichter op elkaar rijden dan op dit moment nog gewenst is.

⁴⁵ Vgl. C.C. van Dam, ‘Het wetsvoorstel verkeersongevallen’, VR 1997, p. 358.

⁴⁶ Vgl. F.Th. Kremer, J.F.M. Hennekam & J. van der Harst, ‘De bescherming van de zwakke(re) verkeersdeelnemer; een kostbare zaak’, VR 1998, p. 289.

⁴⁷ Zie breed en informatief K. de Vey Mestdagh & J. Lubbers, “‘Nee hoor, u wilt helemaal niet naar Den Haag...’ Over de techniek, het recht en de toekomst van de zelfrijdende auto”, *Ars Aequi* 2015, p. 267 e.v.

⁴⁸ Bedacht moet worden dat er altijd mogelijkheden voor menselijke interventie (moeten) zijn.

De zelfrijdende auto heeft duidelijk de wind in de zeilen. Weliswaar zijn we nog niet zover, maar de technologische ontwikkelingen gaan snel.⁴⁹ De Nederlandse regering ziet kansen en wenst in ieder geval een voortrekkersrol te spelen in deze test- en ontwikkelingsfase.⁵⁰ Op dit moment zijn er ook nog twijfels en vraagtekens.⁵¹ Vooralsnog zijn er situaties waarin de mens beter interpreteert en reageert dan computers die anders dan de mens bijvoorbeeld (nog) niet het verschil kunnen zien tussen een stuk karton en een blok beton op het wegdek en daarom wellicht niet adequaat reageren (uitwijken waar dat niet nodig is of zelfs beter niet gebeurt).⁵² Verder zou nog sprake zijn van functionele beperkingen waardoor bijvoorbeeld bepaalde weersomstandigheden zoals extreme regenval de hedendaagse techniek nog parten kan spelen.

Uiteraard rijzen er ook aansprakelijkheidsvragen. Wat is rechtens wanneer er onverhoopt iets misgaat en een zelfrijdende auto betrokken raakt bij een ongeval? Minder dan nu nog het geval is, ligt het voor de hand het gedrag van de bestuurder aanknopingspunt voor aansprakelijkheid te laten zijn. Zijn rol zal drastisch veranderen: in plaats van degene die het voertuig continu feitelijk controleert, wordt hij een toezichthouder op technische systemen en uiteindelijk zelfs een eenvoudig passagier. Daar komt een tweede punt bij: aan technische ontwikkelingen als deze zijn gevaren verbonden. Behalve aan niet functionerende systemen moet worden gedacht aan *bugs* in software en aan het gevaar van *hacken*.⁵³ Gaan we daarom een verschuiving meemaken naar aansprakelijkheid van autofabrikanten en systeemproducenten?

Vooralsnog neemt de regering een afwachtende houding aan. Zij denkt nu nog niet aan aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁴ Binnen het huidige recht komen al naargelang het type ongeval en de daarbij betrokkenen art. 185 WvW dan wel art. 6:162 BW in eerste instantie in beeld. In geval van toepassing van art. 185 WvW kan een eventueel falend systeem moeilijk een beroep op overmacht rechtvaardigen.⁵⁵ Art. 6:162 BW kan aan de orde zijn wanneer de 'bestuurder' bijvoorbeeld heeft nagelaten adequaat in te grijpen hoewel het systeem hem daartoe

49 Volledig autonoom opererende auto's vormen stadium 5 in een indeling van de *Society of Automotive Engineers*; de auto's van dit moment zitten vooral in stadium 0 en 1. Wel zijn er al diverse voorbeelden van stadium 2 (auto kan verschillende taken verrichten en biedt bestuurder hulp bij besturing) in het duurdere segment. Stadium 2 tot en met 5 zijn volop in ontwikkeling.

50 *Kamerstukken II* 2014-2015, 31 305, nr. 214.

51 Zie onder meer Van Wees *AV&S* 2015, p. 171 e.v. (noot 7) en dezelfde, *Computerrecht* 2015, p. 314 e.v. (noot 7).

52 Waar de mens instinctmatig (en uiteraard door ervaring gedreven) reageert, neemt de zelfrijdende auto beslissingen op basis van tevoren bij het programmeren gemaakte keuzes. Daarbij komen we voor diverse dilemma's te staan. Zie in dit verband <http://ed.ted.com/lessons/the-ethical-dilemma-of-self-driving-cars-patrick-lin>.

53 Vgl. Prins 2015, p. 2269 (noot 4).

54 *Kamerstukken II* 2014-2015, 31 305, nr. 214, p. 3.

55 In deze zin Van Wees *AV&S* 2015, p. 179 (noot 7) en Tjong Tjin Tai & Boesten, *NJB* 2016, p. 658-659 (noot 6). Meer ruimte lijken Van Eijck & Van Dijck 2015, p. 184 (noot 7) te zien.

heeft opgeroepen of wanneer hij is gaan rijden met het voertuig hoewel de (weers) omstandigheden reden waren om dat niet te doen.⁵⁶ Ook art. 6:173 BW dat sinds 2005 ook op motorrijtuigen mag worden toegepast, komt in beeld. Het tweede lid van deze bepaling dat een kanalisatie inhoudt naar de producent voor zover het gaat om productiegebreken kan echter voor de nodige problemen zorgen. In veel gevallen zal de bezitter (en, in geval van bedrijfsmatig gebruik, de bedrijfsmatig gebruiker (art. 6:181)) dan vrijuit gaan en zou het slachtoffer inderdaad zijn pijlen moeten richten op de producent met alle nadelen van dien.⁵⁷ Niet voor niets wordt in dit verband wel gesteld dat ecarteren van art. 6:173 lid 2 het overwegen waard is.⁵⁸ En ook de regeling uit het wetsvoorstel verkeersongevallen komt opeens weer in beeld: in plaats van het ecarteren van het tweede lid van art. 6:173 zou immers ook kunnen worden voorzien in een specifieke ruimere regeling van aansprakelijkheid voor motorrijtuigen,⁵⁹ waarbij, zoals in het destijds voorgestelde art. 8:1203 en 8:1204, loutere fysieke betrokkenheid van het motorrijtuig voldoende is voor aansprakelijkheid.⁶⁰

6.2. *Of toch van aansprakelijkheid naar verzekering?*

Het verbaast niet dat ook nog fundamentele stappen worden voorgesteld. Zo komt de verkeersverzekering weer in het vizier.⁶¹ Voordeel van deze stap zou zijn dat lastige discussies over waar het mis is gegaan en wie daarvoor verantwoordelijk is – discussies die bij zelfrijdende auto's bepaald niet denkbeeldig zijn – worden vermeden en dat getroffen, onder wie ook de ‘bestuurder’, ‘los’ van aansprakelijkheid een vergoeding zouden krijgen.

Ook verzekeraars overwegen, blijkt uit het al eerdergenoemde visiedocument, in verband met de lastige aansprakelijkheidskwesties die bij zelfrijdende auto's kunnen ontstaan én in verband met het belang ook van ‘bestuurders’ bij verzekering invoering van een verkeersverzekering. Zij zien niet alleen voordelen voor slachtoffers als het gaat om een klantgerichte en vlotte schadeafwikkeling. Van belang is volgens hen ook dat alleen zo ook de schade van de ‘bestuurder’ van het voertuig wordt meeverzekerd. Juist diens positie komt nog scherper dan voorheen in beeld omdat zijn gedrag minder bepalend is als schadeoorzaak en de (falende) technologie in het voertuig juist steeds meer.⁶²

⁵⁶ Zie bijv. Tjong Tjin Tai en Boesten 2016, p. 660 (noot 6).

⁵⁷ Zie bijv. Tjong Tjin Tai en Boesten 2016, p. 662 e.v. (noot 6).

⁵⁸ Zie bijv. Van Wees 2015 AV&S, p. 178-179 (noot 7) en Tjong Tjin Tai en Boesten 2016, p. 663 (noot 6).

⁵⁹ In deze zin bijv. Van Wees AV&S 2015, p. 179 (noot 7). Uiteindelijk zou dan door de WAM-verzekeraar regres op anderen (de (systeem)producent bijv.) kunnen worden genomen.

⁶⁰ Daarbij werd in de MvT aansluiting gezocht bij de Loi Badinter. Zie voor voorbeelden en toelichting *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 759, nr. 3, p. 38 e.v.

⁶¹ Zie bijv. Van Wees AV&S 2015, p. 179 (noot 7), dezelfde, *Computerrecht* 2015, p. 321 (noot 7) en Van Eijck en Van Dijck 2015, p. 185 (noot 7).

⁶² *Onderweg naar morgen*, Den Haag 2015, p. 8.

6.3. Herhaalt de geschiedenis zich?

Hardop nadenken over verkeersverzekering brengt, daarvan getuigt meteen al het visiedocument van verzekeraars,⁶³ ook 'oude' en vooral lastige discussiepunten in beeld. Zo is bijvoorbeeld de vraag of in verband met het betaalbaar houden van de verzekering beperkingen in de te vergoeden schadeposten en/of maximering van de omvang van eventuele vergoedingen noodzakelijk is. Verder herleeft dan de regresrechtendiscussie: in een stelsel dat niet op aansprakelijkheid gebaseerd is, kunnen regresrechten niet worden uitgeoefend. Moet dat 'verlies' dan voor lief worden genomen, of zouden bepaalde geldstromen (van gemotoriseerd verkeer naar, (te) kort gezegd, uitkeringsinstanties) dan langs een andere route moeten worden gerealiseerd? Verder moet worden nagedacht over de manier waarop verzekeraars in een stelsel van verkeersverzekering aan preventie kunnen doen. Daarbij dient te worden bedacht dat bij verkeersverzekering niet langer het verzekeren van de aansprakelijke partij centraal staat, maar het verzekeren van het slachtoffer, hetgeen gevolgen heeft voor de premiestelling. In de (politieke) discussie zal zeker ook een rol spelen dat verzekeraars ook een belang hebben bij het verlaten van het aansprakelijkheidsrecht. Meer dan ooit klagen zij over de toegenomen omvang van letselschadeclaims: er zijn weliswaar minder ongevallen en claims, maar de omvang ervan is sterk gegroeid, waarbij vooral wordt gewezen op de buitengerechtelijke kosten die al dan niet onder invloed van de in 2010 ingevoerde deelgeschillenregeling inderdaad sterk zijn gegroeid.⁶⁴ Aan een overstap zit, zoveel is zeker, meer vast dan verbetering van de positie van slachtoffers. Wanneer deze route wordt gekozen, zal men merken dat zij met voetangels en klemmen bezaaid is. Alles bij het oude laten zal op de langere termijn echter niet mogelijk zijn en de weg van de minste weerstand (in dit geval invoering van een risicoaansprakelijkheid voor autobezitters) is niet altijd de beste.⁶⁵ Verkeersverzekering is daarom werkelijk het overwegen waard.⁶⁶

7. Waar ligt de toekomst van het verkeersongevallenrecht?

Zo gaat dat in het recht. Henk Snijders, een van de laatste generalisten op het terrein van het burgerlijk recht (kenner van zakenrecht én verbintenissenrecht, van materieel recht én procesrecht), weet dat als geen ander: een thema kan enige tijd

⁶³ *Onderweg naar morgen*, Den Haag 2015, p. 8 e.v.

⁶⁴ Zo meldden diverse media op 29 januari 2016. Zie bijv. www.ad.nl ('Verzekeraars in hun maag met toename letselschade') en ook *Onderweg naar morgen*, Den Haag 2015, p. 2.

⁶⁵ Bijv. niet omdat het in de regel om een productiegebrek zal gaan en het toch iets wonderlijks heeft de primaire verantwoordelijkheid daarvoor bij een ander dan de producent te leggen. Weliswaar kan dat door regresacties van de WAM-verzekeraars worden gecorrigeerd, maar dat doet aan het punt niet af.

⁶⁶ Ik liet dat ook al doorklinken in 'Technische vooruitgang in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2016, p. 107.

de agenda beheersen, dan uit de aandacht verdwijnen, om toch opeens weer op te duiken. Dat blijkt nu ook weer bij het verkeersongevallenrecht, dat na enkele roerige perioden in de tweede helft van de vorige eeuw volledig aan de academische en politieke aandacht leek ontsnapt. Onder invloed van de vooruitgang – het benzinemonster is rijdende iPad geworden – herleeft nu echter een oud debat: aansprakelijkheid of verzekering? Waar deze discussie in het verleden nog kon verzanden, geloof ik daar dit keer, gegeven de enorme impact van (toekomstige) technologische ontwikkelingen op onze samenleving, niet in. Hoe dan ook zal het verkeersongevallenrecht, dat nu nog altijd op gedrag van bestuurders is gericht, in de nabije toekomst op de schop moeten. Het is dan van tweeën één: ofwel wordt in het belang van slachtoffers reële aansprakelijkheid van autobezitters gerealiseerd in plaats van die van (systeem)producenten, dan wel wordt een fundamentele stap gezet en verlaten we het aansprakelijkheidsrecht in ruil voor verkeersverzekering. Die laatste optie verdient meer dan ooit serieuze overweging hoewel aan invoering de nodige haken en ogen zitten. Het komt daarbij, ook al schrijven we straks 2020 of 2025, goed uit dat een massieve literatuur uit de vorige eeuw beschikbaar is waarin voors en tegens, vraag- en pijnpunten, belangen en eigenbelangen zijn aangewezen en blootgelegd. Dat is bij de gelegenheid van een afscheid nog enige troost: wie wil weten waar de toekomst ligt, vergete niet wat in het verleden is opgebouwd.

Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht

Enkele beschouwingen over nieuwe aanbestedingsregels uit Brussel

Jan-Michiel Hebly¹

In ons werkzame bestaan hebben de paden van Henk en mij zich meerdere malen gekruist. Zo maakte Henk in zijn periode in Leiden als hoogleraar deel uit van mijn promotiecommissie en was tot voor kort voorzitter van het instituut voor privaatrecht waar mijn leerstoel is ondergebracht. Onze gezamenlijke interesse is het procesrecht, waarbij Henk zich met name richtte op de arbitrage en mijn vakgebied het aanbestedingsrecht is geworden, in feite een samenstel van grotendeels precontractuele procesregels. Henk is ook jaren advocaat geweest bij een voorloper van het kantoor waar ik nu al vele jaren aan verbonden ben. De afgelopen twee jaren hebben we in het kader van de internationale advanced mastercourse ICCL met onze studenten Brussel bezocht, wat tevens een goede gelegenheid bleek om de informele banden te versterken. Alle reden dus voor een bijdrage aan deze vriendenbundel.

I. Inleiding

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen uit 2014² veroorzaken een stortvloed aan activiteiten in aanbestedingsland. Vanaf het eerste ontwerp van de Europese Commissie uit 2011³ tot en met de implementatievoorstellen van het kabinet van oktober 2015⁴ is aanbestedend Nederland zich aan het voorbereiden op de vernieuwingen. Deze laatste stap van de Europese vernieuwingscyclus van telkens zo'n tien jaar voor de materiële richtlijnen – rond 1993 de aangepaste richtlijnen

¹ Prof. mr. J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma en hoogleraar Bouw- en aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden. Met dank aan mijn kantoorgenoot mr. Mohamed El Mimouni voor het nodige voorbereidende werk.

² Richtlijn 2014/24/EU (klassieke sectoren); Richtlijn 2014/25/EU (speciale sectoren) en Richtlijn 2014/23/EU (concessieopdrachten).

³ Voor de klassieke sectoren: Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, COM(2011) 896 definitief, Brussel 20 december 2011.

⁴ Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 329, nr. 1/2.

voor werken, leveringen, diensten en nutssectoren;⁵ in 2004 de nieuwe geïntegreerde aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke sectoren en een aanpassing voor de speciale sectoren,⁶ en nu in 2014 de nieuwe richtlijnen voor de klassieke en speciale sectoren en voor concessieopdrachten – zorgt in Nederland voor een ware uitputtingsslag. Nog maar net bekomen van het thuisraken in de nieuwe Aanbestedingswet per 1 april 2013,⁷ komt met ingang van 1 juli 2016⁸ al weer een nieuwe, op vele onderdelen aangepaste Aanbestedingswet (hierna ook: AW). Deze bijdrage gaat nader in op drie onderwerpen die in de aanbestedingsrichtlijnen – en in de praktijk – een belangrijke rol spelen, maar in de implementatiewetgeving soms een beetje ondergeschoven kindje zijn: de marktconsultatie, belangenconflicten en toezicht. De marktconsultatie heeft in de richtlijn een eigen artikel gekregen (art. 40), maar in het ontwerp voor de nieuwe Aanbestedingswet komt het begrip alleen nog maar voor in een tussenzinnetje van art. 2.25. De belangenconflicten komen er nog het beste af van de drie, met regelingen in art. 1.10b en 2.51 van het wetsontwerp, de introductie van twee uitsluitingsgronden in art. 2.87 en een opname in het proces-verbaal van art. 2.132. Daarentegen is de toezichtbepaling van art. 83 Richtlijn in het gehele wetsontwerp niet terug te vinden.

Ik behandel deze onderwerpen alleen voor de klassieke sectoren (deel 2 van het wetsontwerp). De regelingen in de delen 2a (concessieopdrachten) en 3 (speciale sectoren) van het wetsontwerp wijken voor deze onderwerpen overigens slechts op een enkel onderdeel af, voor zover ze al zijn opgenomen.⁹

2. Marktconsultatie

Art. 40 Richtlijn 2014/24/EU (1^e alinea): ‘Voor de aanvang van een aanbestedingsprocedure kunnen aanbestedende diensten, ter voorbereiding van de aanbesteding, marktconsultaties houden om de ondernemers op de hoogte te brengen van hun aanbestedingsplannen en voorwaarden. [...]’

De mogelijkheid van een marktconsultatie is in de richtlijn voor de klassieke sectoren opgenomen in art. 40. Art. 40 is in feite de opvolger van overweging 8 van Richtlijn 2004/18/EG, die een technische dialoog tussen aanbesteder en markt-

⁵ Richtlijn werken 93/37/EEG; Richtlijn leveringen 93/36/EEG; Richtlijn diensten 92/50/EEG; Richtlijn nutssectoren 93/38/EEG.

⁶ Richtlijn 2004/18/EG (Klassieke sectoren) en Richtlijn 2004/17/EG (Nutssectoren).

⁷ Aanbestedingswet 2012, *Stb.* 2012, 542, in werking getreden per 1 april 2013, *Stb.* 2013, 57.

⁸ Uiterste datum van implementatie van de nieuwe richtlijnen is 18 april 2016 (zie art. 90 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en overeenkomstige bepalingen in de beide andere richtlijnen), maar de wetgever heeft deze datum niet gehaald, zie brief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 21 maart 2016, *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 329, nr. 30 en Handelingen II 9 maart 2016, 34 329, TU 62-12-20. Inwerkingtreding is thans voorzien per 1 juli 2016.

⁹ In de concessierichtlijn is bijv. geen bepaling omtrent marktconsultatie opgenomen.

partijen toestond. De formulering van die overweging is iets afgezwakt en in algemene bewoordingen biedt de richtlijn in art. 40 de mogelijkheid voor het houden van een marktconsultatie voorafgaande aan een aanbesteding.

In hun handboeken beschrijven Essers¹⁰ en Arrowsmith¹¹ waarom een aanbestedende dienst een marktconsultatie zou willen houden. Om zijn inkoopstrategie te bepalen en in het bestek tot een adequate beschrijving van zijn eisen en wensen te komen, moet een aanbesteder namelijk niet alleen weten wat de eigen behoefte is maar dient hij ook een goed beeld te hebben van wat de markt te bieden heeft. De consultatie dient er dan toe te onderzoeken wat de aanbestedende dienst eigenlijk wil uitvragen, wie de potentiële marktdeelnemers zijn en op welke wijze zij in de behoefte van de aanbesteder kunnen voorzien. Zo kan onder meer inzicht worden verkregen ten behoeve van het formuleren van het programma van eisen, de selectie- en gunningscriteria, de te volgen aanbestedingsprocedure, de omvang van de opdracht of de indeling in percelen. Maar ook kan de marktconsultatie dienen om die keuzes nader te motiveren, waartoe art. 1.4 (keuze procedure/ondernemers) en 1.5 (clustering opdrachten/percelen) Aanbestedingswet en de voorschriften 3.4A (keuze procedure) en 3.5B (geschiktheidseisen) van de Gids Proportionaliteit¹² onder meer verplichten. Daarnaast kan een marktconsultatie uiteraard ook dienen – zoals art. 40 Richtlijn in navolging van de toelichting bij de ontwerp-richtlijn van 2011 ook nadrukkelijk noemt¹³ – om de markt op de hoogte te stellen van het voornemen om bepaalde opdrachten te gaan uitbesteden. De Gids Proportionaliteit (§ 2.5) beschouwt de marktconsultatie dan ook als een belangrijk instrument om informatie-uitwisseling tussen markt en overheid te bewerkstelligen.

Art. 2.25 ontwerp AW: ‘De aanbestedende dienst past voor het plaatsen van een overheidsopdracht één van de procedures in deze afdeling, al dan niet na marktconsultatie toe.’

Art. 40 Richtlijn is blijkens de transponeringstabel bij het wetsontwerp Aanbestedingswet geïmplementeerd in art. 2.25. Een korte toelichting is opgenomen in het algemene deel van de memorie van toelichting.¹⁴ Art. 2.25 is opgenomen in afdeling 2.2.1 Aanbestedingswet, dat is de afdeling die de algemene procedures beschrijft. In die afdeling staan alle procedures geregeld die een aanbestedende dienst kan toepassen als aan de daartoe in de wet gestelde voorwaarden wordt voldaan. Art. 2.25 is het eerste artikel van die afdeling. Daarna volgen de beschrijvingen van de algemene procedures, te beginnen met de openbare procedure in art. 2.26 tot en met de bijzondere voorschriften voor sociale en andere

¹⁰ M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Reed Business Education (4 herziene druk) Amsterdam 2013, p. 164.

¹¹ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement (Volume 1)* (3rd Edition), London: Sweet & Maxwell 2014, p. 650 e.v.

¹² *Stcrt.* 2013, 3075.

¹³ Toelichting, par. 5 onder 4 (p. 13).

¹⁴ MvT, *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 329, nr. 3, par. 3.1 (p. 5-6).

specifieke diensten in art. 2.38 en 2.39. Deze plaatsing aan het begin van afdeling 2.2.1 betekent dat al deze procedures dus kunnen worden voorafgegaan door een marktconsultatie.

In afdeling 2.2.1 AW zijn ook de procedurevoorschriften voor sociale en andere specifieke diensten opgenomen. Dat is op zich verrassend, want de Europese wetgever schaaft deze voorschriften niet onder de gewone procedures van titel II, hoofdstuk I van de Richtlijn (art. 25-32). Daarmee verruimt het wetsontwerp dus de regeling van de richtlijn voor het aspect marktconsultaties. Kennelijk is het de bedoeling van de wetgever dat ook de procedure voor sociale en andere specifieke diensten (uitgewerkt in art. 2.39 AW) kan worden voorafgegaan door een marktconsultatie.

Daarna behandelt afdeling 2.2.3 van het wetsontwerp de bijzondere procedures, te weten de prijsvraag, de raamovereenkomst en het dynamisch aankoopstelsel. Kan aan die bijzondere procedures nu wel of niet een marktconsultatie voorafgaan? De wetgevingssystematiek wekt de indruk dat dat niet het geval is. Ik denk echter dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest de mogelijkheid van een marktconsultatie te onthouden aan deze bijzondere procedures. Want waarom zou de procedure voor sociale en andere specifieke voorschriften wel kunnen worden voorafgegaan door een marktconsultatie en een prijsvraag of dynamisch aankoopstelsel niet? Een marktconsultatie is immers een voortreffelijk instrument om de beste aanbestedingsvorm te bepalen. Ik meen dan ook dat in het licht van de algemeen geformuleerde bewoordingen van de aanhef van art. 40 Richtlijn – te weten dat een marktconsultatie kan worden gehouden ‘*vóór de aanvang van een aanbestedingsprocedure*’ – iedere aanbestedingsprocedure desgewenst kan worden voorafgegaan door een marktconsultatie. De tekst van de richtlijn maakt voor de marktconsultatie ook geen onderscheid tussen gewone en bijzondere procedures en – voor zover de plaatsing van art. 40 in Titel II van de richtlijn al een aanwijzing in een andere richting zou zijn – is de Nederlandse wetgever van die opbouw van de richtlijn afgeweken.¹⁵

3. Procedure marktconsultatie

De richtlijn en het wetsontwerp bevatten geen voorschriften over de wijze waarop aan een marktconsultatie invulling moet worden gegeven. Daarin is de aanbestedende dienst dus geheel vrij. In de praktijk hebben aanbestedende diensten daarmee al de nodige ervaring opgedaan. Essers beschrijft die in zijn handboek,¹⁶ maar ook uit de gesignaleerde uitspraken blijkt dat. De gebruikte methodes lopen uiteen van informeel overleg met een aantal voor de hand liggende marktpartijen naar volledig uitgewerkte procedures. Niet al deze methodes passen in het

¹⁵ MvT, ad Wijziging opschriften in hoofdstuk 2.2 (p. 42).

¹⁶ Essers, t.a.p., p. 166-168.

Europese aanbestedingsrecht. Uitgangspunt in het Europese aanbestedingsrecht zijn immers de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en objectiviteit.¹⁷ En dan geldt: hoe meer afstand er is tussen de uitvraag en de reacties, des te groter de kans dat die beginselen niet worden geschonden. Om die reden past een vraag & antwoordconsultatie het beste binnen deze piketpalen, als de aanbestedende dienst inzicht wil verkrijgen op welke wijze de markt invulling zou kunnen geven aan haar wensen. Aan de andere kant van het spectrum staat dan de nieuwe procedure van het innovatiepartnerschap,¹⁸ waarbij de aanbestedende dienst na een algemene bekendmaking met geselecteerde partijen kan overleggen over de wijze waarop die marktpartijen invulling aan de wensen van de aanbestedende dienst kunnen geven. Tussen de afstandelijke Q&A-marktconsultatie aan de ene kant en de procedure van het innovatiepartnerschap aan de andere kant zit dan een scala aan consultatiemogelijkheden waarop aanbestedende diensten zich kunnen uitleven. Arrowsmith lijkt een groot voorstander van de marktconsultatie, zodat alle relevante informatie beschikbaar is om aansluitend te volstaan met een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure.¹⁹

Een jaar of tien geleden bestond in Nederland de nodige aandacht voor marktconsultaties, naar alle waarschijnlijkheid ingegeven door de mogelijkheid die overweging 8 van de richtlijn uit 2004 bood om voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure door middel van een ‘technische dialoog’ advies te vragen of te aanvaarden, dat bij het opstellen van het bestek zou kunnen worden gebruikt. Zo zag in 2005 een publicatie van het Kenniscentrum PPS het licht met als titel: ‘Marktconsultatie: een dialoog tussen markt en overheid’. Een jaar later volgde Rijkswaterstaat met de ‘Werkwijzer Marktconsultatie’. Inmiddels staan de mogelijkheden voor een marktconsultatie uitstekend samengevat in de uitgave van PIANOo uit 2011 onder de titel: ‘Handleiding marktconsultaties; praten met de markt voorafgaand aan een aanbesteding’.

Mijn conclusie is dus dat een marktconsultatie altijd mogelijk is. Dat beeld wordt bevestigd door de jurisprudentie van de afgelopen vijf jaar waarin ik zeker vijftien uitspraken tegenkwam waar een marktconsultatie aan de orde is, soms in de zijlijn, maar vaak ook als onderdeel van het geschil zelf. Deze marktconsultaties bestrijken grote delen van het land – overigens in de uitspraken met name de Randstad – en een groot aantal branches, zoals personenvervoer,²⁰ medische hulpmiddelen,²¹ de exploitatie van een jachthaven,²² militaire uitrusting²³ en radiocommunicatieap-

¹⁷ Art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU (en overeenkomstige bepalingen in de beide andere richtlijnen).

¹⁸ Art. 2.31a e.v. van het wetsontwerp.

¹⁹ Arrowsmith, t.a.p., p. 650.

²⁰ Rb. Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

²¹ Rb. Midden-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

²² Rb. Breda 19 november 2014, JAAN 2015/178.

²³ Rb. Den Haag 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13395.

paratuur.²⁴ Van de mogelijkheid van een marktconsultatie maken aanbestedende diensten dus al ruim gebruik. Maar ook de markt is geïnteresseerd in consultaties blijkens de reacties van onder meer VNO/NCW-MKB Nederland, de Stichting Marktwerving Installatietechniek en het Kennisplatform CROW in de consultatieronde van het wetsontwerp AW.²⁵ De nieuwe mogelijkheden liggen gereed voor veelvuldig gebruik.

4. Belangenconflicten

Art. 40 Richtlijn 2014/24/EU (2e alinea): '[...] Met dit doel kunnen aanbestedende diensten bijvoorbeeld advies van onafhankelijke deskundigen of instanties of van marktdeelnemers inwinnen of ontvangen dat kan worden gebruikt bij de planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedure, mits dit advies niet leidt tot vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geeft tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.'

Dat brengt mij bij de beperkingen van de marktconsultatie, want als ik zeg 'alles daar tussenin' betekent dat niet dat aanbestedende diensten maar kunnen consulteren zoals ze willen. Art. 40 Richtlijn, dat handelt over de marktconsultatie, kent namelijk nog een tweede alinea. Daarin wordt allereerst de doelstelling van een marktconsultatie weergegeven: het verkrijgen van informatie vanuit de markt die dienstig kan zijn aan het opzetten en uitvoeren van een aanbestedingsprocedure die oplevert wat de aanbestedende dienst nodig heeft. Maar het artikel gaat verder. De marktconsultatie mag er niet toe leiden dat een marktdeelnemer een mededingingsrechtelijk relevante voorsprong verkrijgt op andere marktdeelnemers. Op die situatie ziet het laatste zinsdeel van de tweede alinea van art. 40: een marktconsultatie mag niet leiden tot vervalsing van de mededinging en mag geen aanleiding geven tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie. Voorkomen moet worden dat partijen die betrokken zijn geweest bij een marktconsultatie over informatie beschikken die de rest van de markt niet heeft en waarover zij ook niet de beschikking krijgen of kunnen krijgen. Een marktconsultatie kan aldus leiden tot belangenconflicten vergelijkbaar met die van adviseurs of andere betrokkenen bij het voortraject van een aanbesteding.

Na de totstandkoming van de vorige aanbestedingsrichtlijn uit 2004 heeft de Europese rechter de nodige uitspraken gedaan over belangenconflicten. Dat onderwerp is dus in de afgelopen tien jaar in de rechtspraak behoorlijk uitgediept. De *Fabricom*-zaak uit 2005²⁶ vormde daarbij een belangrijke mijlpaal, omdat het Hof een duidelijke lijn trok ten aanzien van de mogelijkheid om een marktpartij,

²⁴ Rb. Zuid-West Brabant 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579.

²⁵ Zie www.internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen/reacties/datum/3.

²⁶ HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*), waarover P. Kreijger, 'Fabricom – Een nieuw hoofdstuk in de rechtspraak over belangenverstrengeling?', *TA* 2005/208.

die als adviseur in de voorfase betrokken is geweest, uit te sluiten van deelneming aan de daarop volgende aanbestedingsprocedure. Enerzijds erkende het Hof de bijzondere situatie waarin de adviseur verkeerde door te overwegen dat *'niet kan worden volgehouden dat het gelijkheidsbeginsel ertoe verplicht deze persoon op dezelfde wijze te behandelen als iedere andere inschrijver'* (r.o. 31), maar anderzijds vond het Hof een algehele uitsluiting van deze adviseur van deelname aan de aanbestedingsprocedure niet aanvaardbaar *'zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen'* (r.o. 36). Het handelen van de aanbestedende dienst kan bij de feitelijke beoordeling uiteraard een belangrijke rol spelen, want hoe meer informatie uit de voorfase bij de aanbestedingsdocumentatie aan alle gegadigden of inschrijvers beschikbaar is gesteld, hoe groter de kans dat een mededingingsrechtelijk relevante voorsprong van een adviseur uit de voorfase wordt geëcarteerd. Dat is ook het advies van de wetgever in de toelichting bij art. 2.51.²⁷

In de zaak *Evropaiki Dynamiki* uit 2008²⁸ bespreekt het Gerecht de verplichting van een aanbestedende dienst om eventuele voordelen van een betrokken partij te neutraliseren, maar slechts *'voor zover dit vanuit technisch oogpunt eenvoudig te realiseren valt, economisch gezien aanvaardbaar is, en geen inbreuk maakt op de rechten van [...] die inschrijver'* (r.o. 76). Uitsluiting van een inschrijver acht de Europese rechter uitsluitend noodzakelijk *'wanneer er geen adequater middel bestaat om schending van de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers en van transparantie te voorkomen'*, aldus het Gerecht in de zaak *Nexans France* uit 2013.²⁹ Ten slotte vatte het Hof deze jurisprudentie samen in de zaak *Intrasoft International* uit 2015,³⁰ waar het ging over betrokkenheid van de winnende inschrijver bij een eerdere vergelijkbare aanbesteding, door te overwegen dat *'uit de [...] aangehaalde jurisprudentie blijkt dat de offerte en de situatie van de betrokken inschrijver concreet moet worden beoordeeld om in termen van een risico van een belangenconflict te kunnen redeneren, en dat de uitsluiting van deze inschrijver een middel is ter verzekering van de eerbiediging van het transparantiebeginsel en van het beginsel van gelijke kansen van inschrijvers'* (r.o. 79), waarna het Hof overging tot de feitelijke toetsing van deze uitgangspunten.

Al deze uitspraken handelden over een mogelijk belangenconflict ten gevolge van eerdere betrokkenheid, voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure. Een ander type belangenconflict speelde in de volgende uitspraken van de Europese rechter. In die gevallen ging het niet om partijen die op enigerlei wijze betrokken waren geweest in de voorfase, maar om belangenconflicten van andere aard. Zo handelt

²⁷ MvT, ad art. 2.51 (p. 49).

²⁸ GEA 12 maart 2008, T-345/03 (*Evropaiki Dynamiki*).

²⁹ GEA 20 maart 2013, T-415/10 (*Nexans France*), r.o. 116.

³⁰ HvJ EU 13 oktober 2015, T-403/12 (*Intrasoft International*).

de zaak *AFCOn* uit 2005³¹ over een belangenconflict tussen een lid van het evaluatiecomité en één van de inschrijvers. Het Gerecht oordeelde in die zaak dat, zodra de mogelijkheid van een belangenconflict wordt vastgesteld, de aanbestedende dienst ‘*met alle vereiste zorgvuldigheid en op basis van alle relevante gegevens, haar beschikking over het verdere verloop van de procedure voor de gunning van de betrokken opdracht [dient] voor te bereiden en te geven*’ (r.o. 75). De Europese Commissie bleek dat in die zaak onvoldoende te hebben gedaan. In de zaken *Assitur* en *Serrantoni* uit 2009³² ging het om de mogelijkheid van een belangenconflict bij verbonden ondernemingen (*Assitur*) dan wel een consortium en een tot het consortium behorende onderneming (*Serrantoni*), die beide inschreven op dezelfde aanbesteding. Uitsluiting was niet zonder meer toelaatbaar. Ten slotte speelde in de zaak *eVigilo* uit 2015³³ een belangenconflict, omdat nauwe banden bestonden tussen de winnende inschrijver en deskundigen van de aanbestedende dienst die de offertes beoordeelden (r.o. 31). Deze uitspraak is echter met name van belang om een andere reden, die ik hierna behandel.

Art. 24 Richtlijn 2014/24/EU (1e alinea): ‘De lidstaten zorgen ervoor dat de aanbestedende diensten passende maatregelen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.’

De tweedeling in typen belangenconflicten, namelijk die ten gevolge van betrokkenheid in de voorfase en die met een andere oorzaak, is terug te vinden in de nieuwe richtlijn. De algemene regeling voor belangenconflicten is terechtgekomen in art. 24 Richtlijn, terwijl de regeling voor belangenconflicten in de voorfase te vinden is in art. 41 Richtlijn. Beide artikelen behandelen dus gelijksoortige situaties. Een vergelijkbare situatie komt ook aan de orde in het eerder besproken laatste zinsdeel van de tweede alinea van art. 40 Richtlijn. Het bereik van art. 24 is echter ruimer dan dat van art. 40 en 41 die enkel betrekking hebben op de voorfase.

Art. 24 Richtlijn geldt als algemene regel voor het verzekeren van een *level playing field*, of het nu gaat om handelingen of optreden voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure met gevolgen voor die procedure, dan wel om handelingen of optreden gedurende het verloop van de aanbestedingsprocedure. De richtlijn verplicht daarbij de lidstaat om ervoor te zorgen dat zijn aanbestedende diensten passende maatregelen kunnen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. De bepaling ziet op situaties die in de invloedssfeer van de aanbestedende dienst liggen en die de aanbesteder dus geacht wordt te kunnen beïnvloeden. Overweging 16 van de richtlijn veronderstelt daarbij proactief handelen van de aanbestedende dienst, door aan te geven dat hij ‘*alle middelen [moet] benutten die het nationaal recht hem*

³¹ GEA 17 maart 2005, T-160/03 (*AFCOn*).

³² HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*) en HvJ EG 23 december 2009, C-376/08 (*Serrantoni*).

³³ HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*).

biedt om te voorkomen dat belangenconflicten tot verstoring van de aanbestedingsprocedure leiden’. Als suggestie voor aanbestedende diensten geeft de richtlijn mee om daarvoor eigen procedures in te richten. Rijkswaterstaat heeft dat in 2007 al gedaan met haar nota ‘Scheiding van belang; beleid tegen belangenverstrengeling bij de aanbesteding’.³⁴

Art. 1.10b ontwerp AW (lid 1): ‘Een aanbestedende dienst] neemt passende maatregelen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.’

Art. 24 Richtlijn is geïmplementeerd in art. 1.10b van het wetsontwerp. Uit de plaatsing in deel 1 van de wet blijkt het algemene karakter van de bepaling. Daarnaast heeft de Nederlandse wetgever de strekking verruimd door ook fraude, bevoordeling en corruptie in het artikel op te nemen.

Art. 24 Richtlijn 2014/24/EU (2e alinea): ‘Het begrip belangenconflicten omvat ten minste iedere situatie waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst of van een namens de aanbestedende dienst optredende aanbieder van aanbestedingsdiensten, die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de aanbestedingsprocedure in het gedrang te brengen.’

Het tweede lid van art. 1.10b van het wetsontwerp is een getrouwe kopie van de tweede alinea van art. 24 Richtlijn met een nadere duiding van het begrip belangenconflicten. Art. 21 ontwerp-richtlijn uit 2011 – de voorloper van art. 24 Richtlijn – benoemde expliciet een aantal onderwerpen die in ieder geval geregeld moesten worden in de door aanbestedende diensten op te stellen procedures met betrekking tot belangenconflicten, zoals de categorieën van personen waarvoor die procedures zouden gelden, de verplichting tot openbaarmaking van relevante omstandigheden zoals het bestaan van bevoorrechte banden, en een beschrijving van de passende maatregelen in geval van een belangenconflict. Art. 21 ontwerp-richtlijn heeft in het wetgevingsproces echter nogal wat averij opgelopen en is uiteindelijk in sterk gecomprimeerde vorm terechtgekomen in de tweede alinea van art. 24 Richtlijn. De toelichting bij art. 1.10b lost dit gemis deels op door het begrip ‘passende maatregelen’ met voorbeelden te omschrijven, zoals integriteitsprotocollen, integriteitscodes, normen, compliance regelingen, integriteitsbepalingen in cao’s of een intern meldpunt voor belangenconflicten.³⁵

³⁴ Waarover D.J.L. van Ee, ‘Belangenverstrengeling bij aanbestedingen’, *TBR* 2010/176.

³⁵ MvT, ad art. 1.10b (p. 26).

Art. 41 Richtlijn 2014/24/EU (1e alinea): ‘Wanneer een gegadigde of inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming de aanbestedende dienst of diensten heeft geadviseerd, al dan niet in het kader van artikel 40, of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, neemt de aanbestedende dienst passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde of inschrijver.’

Art. 41 Richtlijn compenseert echter het uitkleden van art. 24 een beetje. Art. 41 maakte in de ontwerprichtlijn van 2011 nog onderdeel uit van ontwerp-art. 39 over de marktconsultatie. Art. 39 is echter in het wetgevingstraject opgesplitst, waarbij het eerste lid is terechtgekomen in art. 40 Richtlijn en handelt over de marktconsultatie, en het tweede lid – dat de risico’s verbonden aan een marktconsultatie beschreef – is neergedaald in art. 41 Richtlijn. Het artikel vormt daarmee ook een nadere invulling van het laatste zinsdeel van art. 40, dat handelt over de risico’s van een belangenconflict ten gevolge van een marktconsultatie.

De tweede alinea van art. 41 beschrijft vervolgens waaruit de passende maatregelen kunnen bestaan, en is in die zin ook naar analogie bruikbaar voor de toepassing van art. 24, de algemene bepaling over belangenconflicten. Deze passende maatregelen omvatten de mededeling aan andere gegadigden of inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, alsmede de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen. Het artikel vervolgt – in overeenstemming met het standpunt van het Europese Hof in de zaak *Nexans France* uit 2013 – dat de betrokken gegadigde of inschrijver slechts van de aanbestedingsprocedure mag worden uitgesloten, indien er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren.

Art. 2.51 ontwerp AW (lid 3 en 4): ‘[...] 3. Een aanbestedende dienst sluit een gegadigde of inschrijver die betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure slechts van de aanbestedingsprocedure uit indien er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. 4. Een aanbestedende dienst biedt een bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure betrokken gegadigde of inschrijver de gelegenheid om te bewijzen dat zijn betrokkenheid de mededinging niet kan verstoren, alvorens hij de gegadigde of inschrijver van de aanbestedingsprocedure uitsluit’.

Art. 41 Richtlijn is geïmplementeerd in art. 2.51 van het wetsontwerp. De eerste twee leden van art. 2.51 zien daarbij op de passende maatregelen die de aanbestedende dienst moet nemen als een adviseur uit de voorfase mee wil doen aan de aanbestedingsprocedure. Uitsluiting van de betreffende adviseur kan een passende maatregel zijn, maar op grond van het derde van art. 2.51 wetsontwerp kan dat alleen als *ultimum remedium*, dat wil zeggen als er geen andere middelen meer zijn om het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. Het vierde lid legt daarbij

de verplichting op aan de aanbestedende dienst om de gegadigde of inschrijver in ieder geval eerst in de gelegenheid te stellen om aan te tonen dat zijn deelname aan de aanbestedingsprocedure de mededinging niet kan verstoren.

Het derde en vierde lid van art. 2.51 van het wetsontwerp moeten worden gelezen in samenhang met art. 2.87 van het wetsontwerp, dat een opsomming geeft van de facultatieve uitsluitingsgronden. In het eerste lid van art. 2.87 zijn onder e) en f) twee nieuwe facultatieve uitsluitingsgronden opgenomen. Onderdeel e) ziet daarbij op de facultatieve uitsluitingsgrond voor het geval zich een (algemeen) belangenconflict in de zin van art. 1.10b voordoet dat niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen, terwijl onderdeel f) betrekking heeft op de eerdere betrokkenheid van een gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure waardoor een vervalsing van de mededinging speelt die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen. Naast het proportionaliteitsbeginsel geldt natuurlijk in deze situaties ook art. 2.87a van het wetsvoorstel, zodat de gegadigde of inschrijver mag bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Ten slotte bevat art. 2.132 van het wetsvoorstel een verplichting voor de aanbestedende dienst om vastgestelde belangenconflicten en een beschrijving van de genomen passende maatregelen in het aanbestedingsproces-verbaal op te nemen.

5. Bewijslastverdeling belangenconflicten

HvJ EU 22 april 2015, C-538/13 (eVigilo): ‘42. Aangaande de bewijsregels ter zake zij opgemerkt dat de aanbestedende diensten volgens artikel 2 van richtlijn 2004/18 ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen en transparantie in hun handelen moeten betrachten. Bijgevolg spelen zij een actieve rol bij de toepassing van die beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten. 43. Die plicht vormt de kern van de richtlijnen inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Bijgevolg moet de aanbestedende dienst in ieder geval nagaan of er eventueel sprake is van belangenconflicten en passende maatregelen nemen om dergelijke conflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen. Het zou onverenigbaar met die actieve rol zijn om de verzoekende partij te verplichten in de beroepsprocedure concreet aan te tonen dat de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen partijdig zijn. [...] 44. Indien de afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, staat het derhalve aan die aanbestedende dienst om alle relevante omstandigheden te onderzoeken die hebben geleid tot de vaststelling van het besluit tot gunning van de opdracht, teneinde de belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken.’

De situaties van een algemeen belangenconflict en een belangenconflict ten gevolge van betrokkenheid in de voorfase verschillen echter in die zin, dat bij een belangenconflict in de voorfase – waarvoor art. 2.51 van het wetsontwerp geldt – veelal (in ieder geval bij de aanbestedende dienst) bekend is dat de adviseur over kennis beschikt die de mededinging zou kunnen beperken. In een dergelijke situatie ligt het voor de hand de bewijslast bij de betrokken adviseur te leggen, dat géén sprake is van een mededingingsrechtelijk relevant voordeel. Vandaar ook dat het vierde lid van art. 2.51 wetsontwerp de aanbestedende dienst expliciet verplicht de adviseur de gelegenheid te geven om aan te tonen dat zijn deelname aan de aanbestedingsprocedure de mededinging niet kan verstoren.

Bij de situaties waar het algemene ‘belangenconflict’-art. 1.10b van het wetsontwerp op doelt, bestaat die duidelijkheid over voorkennis veelal niet. Voor die gevallen geeft de uitspraak van het Europese Hof in de zaak *eVigilo* uit 2015 een richtsnoer voor de bewijslastverdeling: nadat de bezwaarmaker objectieve gegevens heeft verstrekt waardoor twijfel ontstaat over de mogelijkheid van een belangenconflict, ligt bij de aanbestedende dienst de verplichting om alle relevante omstandigheden te onderzoeken en zo nodig bij de partijen informatie en bewijsmateriaal op te vragen om helderheid te verkrijgen (r.o. 44). Het Hof legt de bewijslast bij belangenconflicten van algemene aard dus – anders dan bij belangenconflicten die samenhangen met de voorfase – in overwegende mate bij de aanbestedende dienst, door hem een actieve rol te geven bij het onderzoek naar mogelijke belangenconflicten.

6. Toezicht

Art. 83 Richtlijn 2014/24/EU (lid 1 en 2): ‘1. Met het oog op een correcte en efficiënte uitvoering zien de lidstaten erop toe dat ten minste de in dit artikel genoemde taken worden verricht door één of meer autoriteiten, instanties of structuren. [...] 2. De lidstaten zorgen ervoor dat de toepassing van de regels voor overheidsopdrachten wordt gecontroleerd.

Wanneer toezichthoudende autoriteiten of structuren op eigen initiatief of na ontvangst van informatie specifieke schendingen of systematische problemen vaststellen, zijn zij bevoegd die problemen te signaleren aan de nationale auditautoriteiten, rechterlijke instanties of andere bevoegde autoriteiten of structuren, zoals de Ombudsman, de nationale parlementen of hun commissies [...].’

Dat brengt mij bij het laatste onderwerp van deze bijdrage: het toezicht. In situaties waarin een aanbestedende dienst een actieve rol moet vervullen – zoals bij het onderzoek naar een mogelijk belangenconflict – en dat ten onrechte niet doet, moet hij daarop aangesproken kunnen worden. Ook in andere gevallen waar een aanbestedende dienst de aanbestedingsregels niet correct naleeft, dient er een instantie te zijn die daarop toezicht houdt.

De rechtsbeschermingsrichtlijnen bieden een grondslag voor belanghebbende, ‘betrokken’ partijen bij een aanbesteding om actie richting een aanbestedende dienst te ondernemen.³⁶ De belangrijkste mogelijkheden die de wet geeft, zijn de rechter en de commissie van aanbestedingsexperts. Ook voor een klacht bij andere instanties, zoals de Ombudsman, geldt het betrokkenheidsvereiste. Voor het indienen van een klacht bij de Europese Commissie geldt dat vereiste niet, maar de Commissie kan die klacht naar vrij believen naast zich neerleggen en afzien van toepassing van het correctiemechanisme of een inbreukprocedure. Accountants of de Rekenkamer dan wel lokale rekenkamers controleren op rechtmatigheid en de toepassing van aanbestedingsregels, maar die controle is enkel jaren achteraf en biedt niet de mogelijkheid voor ambtshalve actie richting bijvoorbeeld de rechter.³⁷ Er is, met andere woorden, in Nederland geen instantie die in het algemeen controle uitoefent op een correcte en efficiënte toepassing van de aanbestedingsregels als bedoeld in de eerste twee leden van art. 83 Richtlijn. In overweging 121 van de richtlijn wordt onderbouwd waarom behoefte is aan deugdelijk toezicht. De Europese wetgever acht het namelijk van essentieel belang, met het oog op een efficiënte en consistente toepassing van de regels, een goed beeld te krijgen van de mogelijke structurele problemen en van de algemene patronen in het nationale beleid inzake overheidsopdrachten, om die problemen doelgericht te kunnen aanpakken. Om die reden voorziet het eerste lid van art. 83 in een verplichting van de lidstaat tot het instellen of aanwijzen van één of meer autoriteiten of instanties die dit toezicht kunnen uitoefenen.

Op dit moment is er in Nederland geen toezichthouder voor alle controletaken, zoals bedoeld in art. 83 Richtlijn. Ik ben het dan ook niet eens met de conclusie van de regering in de memorie van toelichting³⁸ en in de transponeringstabel voor de klassieke richtlijn bij art. 83,³⁹ dat dit artikel geen implementatie behoeft. De rechterlijke autoriteiten en de commissie van aanbestedingsexperts hebben geen mogelijkheid uit eigen initiatief specifieke schendingen of systematische problemen vast te stellen, als bedoeld in het tweede lid. Daarnaast is er geen autoriteit of instantie in Nederland waar burgers, al dan niet georganiseerde belanghebbenden, en andere personen of instanties die geen toegang hebben tot de beroepsprocedures van de rechtsbeschermingsrichtlijnen – maar die wel een belang hebben als belastingbetaler bij deugdelijke aanbestedingsprocedures – schendingen van de richtlijn kunnen melden, die hun klacht dan oppakt en daarop actie kan ondernemen, ook in rechte. Deze groep van belanghebbenden wordt in overweging 122 van de richtlijn met zo veel woorden genoemd.

36 Zie art. 1 Richtlijn Rechtsbescherming 89/665/EEG.

37 Over deze handhavingsmogelijkheden, uitgebreider Essers, t.a.p. hoofdstuk 4.2, p. 589 e.v.

38 MvT, par. 3.10 (p. 13).

39 MvT, onder III, Transponeringstabel Richtlijn 2014/24/EU (aangebestede diensten).

Het is bekend dat Nederland zich heeft verzet tegen het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie, neergelegd in art. 84 ontwerprichtlijn uit 2011,⁴⁰ waar expliciet de verplichting voor de lidstaten was opgenomen ‘één onafhankelijke instantie aan te wijzen die belast is met toezicht op en coördinatie van uitvoeringsactiviteiten’ (lid 1). Er was de nodige steun voor dat standpunt van Nederland, zoals bij het Comité van de Regio’s dat in zijn advies van 2012 voorstelde het gehele toezichtartikel maar te schrappen,⁴¹ maar dat standpunt heeft de Europese wetgever blijkens de eindtekst van art. 83 niet overgenomen. Eén instantie is niet (meer) vereist, maar voor alle genoemde taken dienen autoriteiten met adequate bevoegdheden te worden aangewezen of ingesteld. Ook enkele fracties hebben zich blijkens de Nota naar aanleiding van het verslag⁴² afgevraagd waarom geen onafhankelijk toezichthouder wordt ingesteld, met eigen onderzoeksbevoegdheden en doorzettingsmacht, waarop de regering antwoordde dit niet te willen omdat dit tot een ingrijpende stelselwijziging zou leiden. Ik denk echter niet dat daarvan sprake zal zijn, want enerzijds zal de toezichthouder zich tot de gebruikelijke civiele instanties, zoals rechter en commissie van aanbestedingsexperts kunnen wenden, en anderzijds bestaat ook nu in deel 4 van de Aanbestedingswet al een bestuurlijk sanctiesysteem waarbij de ACM een boetebeschikking kan opleggen, met beroepsmogelijkheden overeenkomstig de gebruikelijke praktijk in mededingingszaken.⁴³ Het is in mijn ogen dan ook een omissie van de wetgever dat art. 83 niet wordt geïmplementeerd.⁴⁴ Daarmee loopt Nederland nodeloos het risico van een inbreukprocedure vanuit Brussel. Het verdient aanbeveling beter ten halve te keren dan ten hele te dwalen, en alsnog bij wet een aanbestedingsautoriteit in het leven te roepen die invulling kan geven aan de verplichtingen van art. 83, die nu nog openstaan. Dan zal er eindelijk een *level playing field* ontstaan in aanbestedingsland, met toezichthoudende autoriteiten voor zowel ondernemingen als aanbestedende diensten.⁴⁵

40 Waarover M.J.J.M. Essers, R.S. Damsma & C.G. van Blaaderen, ‘De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen: werk aan de winkel of kan de wetgever op zijn lauweren rusten?’, *NTER* 2014/5.

41 Advies van het Comité van de Regio’s – Pakket overheidsopdrachten, 2012/C 391/09, Wijzigingsvoorstel 29.

42 Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 34 329, 18 januari 2016, par. 3.10.

43 Zie afd. 4.3.2 Aanbestedingswet 2012.

44 Zo ook de consultatiereactie van mijn kantoor (Houthoff Buruma), zie noot 25.

45 De onderwerpen in deze bijdrage heb ik eerder besproken in lezingen bij de extra wetenschappelijke vergadering ‘Highlights Wetsvoorstel Wijziging Aanbestedingswet’ van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht te Utrecht op 18 februari 2016 en bij het seminar ‘Bestuur en Toezicht in de (semi)publieke sector’ te Leiden op 18 maart 2016.

Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en Engels recht

Anne Hendriks¹

I. Inleiding

Ten tijde van de totstandkoming van een overeenkomst proberen de betrokken partijen de wederzijdse rechten en verplichtingen nauwkeurig vast te leggen. Dit om de rechtszekerheid te dienen en geschillen in de toekomst te voorkomen. Blijkt er na uitleg van de overeenkomst door de rechter toch een leemte te zijn in hetgeen partijen zijn overeengekomen, dan zal deze leemte moeten worden opgevuld. Op grond van de wet, de gewoonte en de zogenaamde aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bestaat in het Nederlandse recht de mogelijkheid om de overeenkomst aan te vullen (art. 6:248 lid 1 BW). Op grond hiervan kan aldus een extra verplichting voor contractspartijen worden geconstrueerd. In deze bijdrage zal aandacht worden besteed aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De redelijkheid en billijkheid zijn kenmerkend voor het Nederlandse recht. Het Engelse contractenrecht kent geen algemeen beginsel van de redelijkheid en billijkheid en heeft geen wettelijke bepaling, zoals art. 6:2 of art. 6:248 BW, waarin is vastgelegd dat de redelijkheid en billijkheid de rechtsgevolgen van de overeenkomst kunnen beïnvloeden.² Een interessante vraag is of het Engelse contractenrecht bij afwezigheid van de redelijkheid en billijkheid een equivalent kent voor de aanvullende werking ervan. In deze bijdrage wordt daarom ook aandacht besteed aan de vraag hoe de Engelse rechter een leemte in een overeenkomst dient aan te vullen. Het Engelse *Supreme Court* heeft eind 2015 een interessant arrest gewezen waarin deze vraag uitgebreid aan bod komt.

In het navolgende zal eerst worden stilgestaan bij de rol van de redelijkheid en billijkheid bij de aanvulling van een leemte naar Nederlands recht (par. 2).

Vervolgens maak ik enige opmerkingen over aanvulling van een leemte in een

¹ Mr. drs. A.M.M. Hendriks is als docente Burgerlijk recht en buitenpromovenda verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Daarnaast is zij Professional Support Lawyer bij Clifford Chance te Amsterdam.

² R.P.J.L. Tjittes, 'Op de golven van de goede trouw naar Engels Contractenrecht', *RMThemis* 2015/5, p. 208-209; J. Cartwright, *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford etc.: Hart Publishing 2013, p. 61 e.v.; *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 (CA) 439.

overeenkomst in het Engelse recht (par. 3) en besteed ik aandacht aan het recente arrest van het *Supreme Court* op dit terrein (par. 4). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 5).

2. Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands recht

Het staat partijen vrij om binnen de grenzen van de wet, openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW) de rechtsgevolgen van hun overeenkomst naar eigen goeddunken te bepalen. Door uitleg kan worden vastgesteld welke rechten en plichten rechtstreeks uit de contractuele afspraken voortvloeien. Naar Nederlands recht zijn de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 en 6:248 BW van toepassing op iedere contractuele relatie. Volgens art. 6:248 BW heeft een overeenkomst mede de rechtsgevolgen die uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Het artikel bepaalt ook dat een contractuele regel niet van toepassing is voor zover dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Aldus kunnen de redelijkheid en billijkheid de rechtsgevolgen van de overeenkomst beïnvloeden. Deze gedachtegang is terug te vinden in het arrest *Vodafone/ETC*. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat ‘de rechten en verplichtingen van de partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst’.³ De rechtsgevolgen van de overeenkomst komen dus niet alleen uit het contract zelf voort.

Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval wat de concrete werking van de redelijkheid en billijkheid is. Naast de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), is in lid 2 de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verankerd. Derhalve kunnen de rechtsgevolgen van de overeenkomst ook beperkt worden, mocht dit noodzakelijk zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Daarnaast spelen de redelijkheid en billijkheid een rol bij de uitleg. Uit het *Haviltex*-arrest volgt dat eerst stil dient te worden gestaan bij de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld (uitleg) en vervolgens bij de vraag of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld.⁴ Dit is in lijn met art. 6:248 lid 1 BW.⁵ Eerst zal dus door uitleg worden beoordeeld wat de contractuele afspraken van partijen zijn. In de tweede plaats kan dan door uitleg worden beoordeeld of de overeenkomst een leemte bevat die dient te worden aangevuld. Ten slotte kan de toepassing van een contractregel onaanvaardbaar zijn uit het oogpunt van de eisen van redelijkheid en billijkheid en daarom buiten toepassing worden gelaten (art. 6:248 lid 2 BW). Het drieluik dat zo gevormd wordt

³ HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*), r.o. 3.5.

⁴ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, sub 2 (*Ermes c.s./Haviltex*).

⁵ Toen het *Haviltex*-arrest werd gewezen lag echter al een voorontwerp Wet tot modernisering BW op tafel waarin de bepaling van art. 6:248 BW was opgenomen en het heeft er alle schijn van dat de Hoge Raad zich bij zijn uitspraak naar dat wetsvoorstel heeft gericht.

– uitleg, aanvulling en beperking – vindt steun in de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en in de literatuur.⁶ Deze drie functies van de redelijkheid en billijkheid zullen hieronder kort worden besproken.

Dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij de uitleg van de overeenkomst, volgt onder meer uit het *Haviltex*-arrest.⁷ Bij de uitleg van een overeenkomst is de Haviltex-maatstaf inhoudende dat ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan [de] bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’ beslissend.⁸

Bij onderwerpen die door partijen in hun overeenkomst ongeregeld gelaten zijn, zal er ruimte voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn op grond van art. 6:248 lid 1 BW. Voor toepassing van lid 1 is evenwel vereist dat de overeenkomst een leemte bevat. Het blijft dan ook een kwestie van (rechterlijke) uitleg of de overeenkomst een leemte laat en zo ja of die moet worden aangevuld.⁹ De rechter zal hiertoe aan de hand van de Haviltex-maatstaf moeten vaststellen wat partijen over en weer hebben verklaard en kan vervolgens, indien naar zijn mening de overeenkomst een leemte bevat, de rechtsgevolgen van de overeenkomst aanvullen. Een dergelijke aanvulling dient overigens wel inhoudelijk aan te sluiten bij hetgeen partijen wél zijn overeengekomen. Door de aanvulling ontstaat dan ook niet een ‘nieuwe rechtstoestand’.¹⁰ In de praktijk zullen de grenzen tussen uitleg en aanvulling vaak ineenvloeien.¹¹

6 Zie de *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 67 en 69; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365 en 366; G.J. Rijken, *Redelijkheid en Billijkheid* (Mon. Nieuw BW A5), Deventer: Kluwer 1994, p. 42; P.S. Bakker, ‘Uitleg van commerciële contracten (I)’, *WPNR* 2011/6890, p. 478; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2011, p. 254-255. Zie M. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 132 e.v. waaruit blijkt dat deze benadering in de omringende rechtsstelsels geen steun vindt.

7 Zie ook HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 4.5 (*DSM/Fox*), r.o.; HR 2 februari 2007, *NJ* 2008/104 (*NBA/Stichting Meerhuysen*).

8 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, sub 2 (*Ermes c.s./Haviltex*). Dat de Haviltex-maatstaf nog steeds leidend is, blijkt uit HR 5 april 2013, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3.

9 Zie het arrest *Koersplandewegkwijt* (HR 14 juni 2013, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken); HR 19 november 2010, *NJ* 2010/623 (*Skare Meat/Flexmen*).

10 HR 14 juni 2013, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt*), r.o. 3.5.3.

11 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/387 en 402; R.P.J.L. Tjittes, ‘De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten’, in: *Middelen voor Meijer (Liber Amicorum mr. R.S. Meijer)*, Den Haag: BJu 2013, p. 389-403; P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval: een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 26-27; Bakker 2012, p. 80 e.v.; W. Snijders, ‘Beperkende werking, een paradox of een instrument’, *WPNR* 2007/6693, p. 6-12; noot van J.B.M. Vranken sub 9 bij *Koersplandewegkwijt* (*NJ* 2014/415); conclusie A-G Huydecoper sub 11 e.v. bij HR 13 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8724; HR 19 november 2010, *NJ* 2010/623 (*Skare Meat/Flexmen*).

De wilsovereenstemming van partijen bepaalt wat de overeenkomst inhoudt. Dat een tussen partijen geldende contractuele regel buiten toepassing kan worden gelaten, is een gevolg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals volgt uit art. 6:248 lid 2 BW. Dit houdt in dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn de contractuele regel toe te passen. Dit is een strengere maatstaf dan die van art. 6:248 lid 1 BW en vereist meer dan het enkel in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.¹² Het gevolg is dat de tussen partijen geldende contractuele regel buiten toepassing wordt gelaten. Uit de bewoordingen ‘voor zover’ van lid 2 volgt dat de regel ook gedeeltelijk buiten toepassing kan worden verklaard.

Voordeel van het voorgestane drieluik – uitleg, aanvulling en beperking – is dat de wijze waarop de redelijkheid en billijkheid zijn toegepast door de lagere rechter een rechtsvraag is die in beginsel in cassatie kan worden getoetst.¹³ Dit is echter niet mogelijk wanneer deze vraag zeer nauw verbonden is met de feitelijke omstandigheden. Daarnaast is het onderscheid tussen de drie functies van praktisch belang. In het geval dat het gerechtvaardigd vertrouwen bij de uitleg een groot gewicht toekomt, kunnen de redelijkheid en billijkheid bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW in de weg staan aan een beroep op de uitleg waarop een van de partijen heeft vertrouwd met als gevolg dat de uitleg waarop de vertrouwende partij een beroep doet alsnog faalt.¹⁴ Het is dan ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval wat de concrete werking van de redelijkheid en billijkheid is. Voorts is het onderscheid tussen de drie functies van de redelijkheid en billijkheid in de praktijk niet altijd makkelijk te maken.¹⁵ De beantwoording van de vraag of de overeenkomst moet worden aangevuld of worden beperkt is in belangrijke mate afhankelijk van de uitleg van de overeenkomst. Soms zijn de functies in één zin met elkaar verweven, zoals vaak het geval is bij uitleg en aanvulling.

¹² Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 68; W.L. Valk in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 278.

¹³ Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/368.

¹⁴ Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 176. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/137 met verwijzing naar HR 12 september 1986, NJ 1987/267 (*Westhoff/Spronsen*), r.o. 3.6 waarin de Hoge Raad een beroep op het gerechtvaardigd vertrouwen van de werkgever op de door de werknemer gewekte schijn van wil tot ontslagneming wordt afgesneden door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

¹⁵ De discussie over de contractuele uitsluiting van de aanvullende en/of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zal hier niet worden behandeld. Zie onder meer: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/380; P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 76 e.v.; M.H. Wissink, ‘Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid’, *Contracteren* 2011/5, p. 24-26; H.N. Schelhaas, ‘Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten’, *NTBR* 2008/4, p. 153-154; C.E. Drion, ‘De status van de redelijkheid en billijkheid’, *NJB* 2007/8, p. 433 en C.E. Drion, ‘De innovatieve contractenmaker en de bewijs-overeenkomst’, *NJB* 2004/1, p. 17; A.S. Hartkamp, *Boekaankondiging*, *WPNR* 2006/6671, p. 468-471; R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2005, p. 283 e.v.

Een ander standpunt wordt ingenomen door de ‘normatieve’ uitleggers zoals Schoordijk en Van Dunné.¹⁶ Zij stemmen niet in met het onderscheid tussen uitleg, aanvullen en beperken. Binnen de leer van de normatieve uitleg wordt ‘geen onderscheid [...] gemaakt tussen de uitleg en de aanvulling van de overeenkomst met behulp van de goede trouw’.¹⁷ Volgens Schoordijk en Van Dunné bestaat er binnen de normatieve uitleg zelfs geen behoefte aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij integreren alles in één proces en verstaan hieronder het vaststellen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit noemen zij de ‘normatieve uitleg’.¹⁸ De heersende leer ondersteunt deze visie niet.¹⁹ Ook naar mijn mening verdient het de voorkeur om aan het eerder geschetste drieluik – uitleg, aanvulling en beperking – vast te houden.

Het moge, tot slot, duidelijk zijn dat de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW een leemte in de overeenkomst kunnen aanvullen en dat naar Nederlands recht uitleg, aanvullen en ook beperken van elkaar moeten worden onderscheiden. In de navolgende paragraaf wordt nader onderzocht hoe het Engelse recht hiermee omgaat.

3. Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Engels recht

De uitleg in het Engelse contractenrecht wordt gekarakteriseerd door een ‘objectiverende’ benadering. Het Engelse recht hecht in het kader van de uitleg van overeenkomsten namelijk grote waarde aan rechtszekerheid en voorspelbaarheid. Dat in het Engelse contractenrecht de redelijkheid en billijkheid, zoals deze begrippen gelden in het Nederlandse recht, niet bestaan, betekent niet dat de Engelse rechter geen middel ter beschikking heeft om een eventuele leemte in een overeenkomst op te vullen.

¹⁶ J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971, p. 9 e.v., 236 e.v.; J.M. van Dunné, ‘De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht? Gedachten over beginselen van contractenrecht in de jaren tachtig’, *NJB* 1980, p. 668 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 21 e.v., 182 e.v., 522 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 94 e.v.

¹⁷ Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 135 met verwijzingen naar diverse normatieve uitleggers.

¹⁸ Zie Schoordijk 1979, p. 21 e.v. en Van Dunné 2004, p. 168.

¹⁹ Een groot aantal schrijvers heeft betoogd dat de normatieve uitleg niet wenselijk is: J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 20; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365; G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 80; W. Snijders 2007, p. 7; C.E. Drion, ‘Uitleg van uitleg’, *NJB* 2010/226, p. 279; H.J. Snijders, ‘Uitleg van rechterlijke uitspraken’, *WPNR* 2007/6709, sub 4.

Het Engelse recht kent een alternatieve oplossing bij gebreke aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. In het Engelse recht kan onder omstandigheden een *implied term* worden aangenomen om zo een leemte in een overeenkomst aan te vullen. Hieronder moet de situatie worden verstaan dat partijen een bepaalde bepaling niet nadrukkelijk in hun overeenkomst hebben opgenomen, maar de Engelse rechter in staat is om te oordelen dat de bepaling ‘ingelesen’ moet worden in de overeenkomst (*should be implied*) om deze ‘compleet’ te maken.²⁰ In het navolgende zal nader worden ingegaan op de *implied terms* en de aanvullende werking ervan.

In het Engelse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen *terms implied by statute* en *terms implied by the courts* (waarbij weer een onderscheid wordt gemaakt tussen *implied by law* en *implied by fact*).²¹ Hieronder volgt een korte uiteenzetting van de verschillende *implied terms*.

Verplichtingen van partijen die zij niet zelf in hun overeenkomst hebben opgenomen, kunnen voortkomen uit specifieke wettelijke bepalingen voor specifieke overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld de *Sale of Goods Act*. Dergelijke *terms implied by statute* zijn beperkt, omdat het aantal wettelijke regelingen dat van toepassing is op specifieke overeenkomsten beperkt is. De *terms implied by law* zijn te kwalificeren als een soort algemene regel die geldt voor alle overeenkomsten op dit terrein vanwege de algemene relatie tussen de betrokken partijen.²² Zo geldt bijvoorbeeld in de arbeidsrelatie dat de werknemer trouw zal zijn aan zijn werkgever en dat hij zijn werkgever vrijwaart voor aansprakelijkheden voortkomend uit onrechtmatige handelingen tijdens het werk verricht.²³ De rechter kan ook de overeenkomst aanvullen met een impliciet contractbeding. Er is dan sprake van een *term implied by fact*. Dit is het geval wanneer uit de expliciete bepalingen van de overeenkomst, de bedoeling van partijen en de overige omstandigheden, blijkt dat aanvulling noodzakelijk is om de overeenkomst enige betekenis te kunnen geven.²⁴ De *terms implied by fact* zou men dan ook kunnen omschrijven als het Engelse equivalent van de Nederlandse aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. De *terms implied by fact* vormen zo de belangrijkste grondslag voor het aanvullen van een leemte in de overeenkomst.

Verskillende opvattingen bestaan in de Engelse doctrine over de toets die bepalend is voor de vraag of een overeenkomst moet worden aangevuld. Eén van de traditionele toetsen is de ‘*officious bystander test*’ en komt erop neer dat het voor een

²⁰ Cartwright 2013, p. 202.

²¹ J. Beatson e.a., *Anson's law of contract*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 151. Zie ook N. Kornet, *Contract interpretation and gap filling: comparative and theoretical perspectives* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2006, hoofdstuk 5.

²² H.G. Beale e.a. (red.), *Chitty on contracts, Volume I, General principles*, London: Sweet & Maxwell 2012, sub 13-003.

²³ *Lister v Romford Ice & Cold Storage Co Ltd* [1957] AC 555; zie ook E. McKendrick, *Contract Law*, Basingstoke etc.: Palgrave 2007, p. 207.

²⁴ McKendrick 2007, p. 206; Beatson e.a. 2010, p. 151; N. Andrews, *Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, sub 13.09 e.v.; Beale e.a. 2012, sub 13-004.

buitenstaander op basis van de feiten duidelijk is dat de contractspartijen wel bedoeld moeten hebben dat een bepaalde bepaling deel uit zou maken van de overeenkomst, maar deze bepaling niet expliciet in de overeenkomst hebben neergelegd.²⁵ Een andere toets is gericht op de vraag of de *implied term* noodzakelijk is om de overeenkomst effectief te doen zijn, oftewel om het contract *business efficacy* te geven zoals de partijen het bedoeld hebben. Dit wordt dan ook de ‘*business efficacy test*’ genoemd.²⁶

Deze toetsen zijn in 1977 samengevoegd door Lord Simon in *BP Refinery (Westernport) v Shire of Hastings*. Naar Engels recht dient een overeenkomst met een *implied term* te worden aangevuld, indien aan de volgende vereisten is voldaan:²⁷ (1) het moet redelijk en billijk zijn om de overeenkomst aan te vullen; (2) om de overeenkomst enige praktische betekenis te kunnen geven, is het noodzakelijk dat de overeenkomst wordt aangevuld (de eis van *necessity*); (3) het is vanzelfsprekend dat de overeenkomst wordt aangevuld; (4) de *implied term* kan duidelijk tot uitdrukking worden gebracht; en (5) de *implied term* mag niet in strijd zijn met een expliciete contractsbepaling van partijen. De eerste drie vereisten hebben betrekking op de vraag of de overeenkomst aangevuld moet worden. Door de rechter dient bij de beantwoording van deze vraag terughoudendheid te worden betracht. Een rechter mag de overeenkomst niet aanvullen enkel en alleen omdat het redelijk zou zijn.²⁸ De laatste twee vereisten proberen invulling te geven aan de vraag wat deze aanvulling dan moet inhouden.

Zo was de toestand tot 2007. In de *Belize Telecom*-uitspraak erkent Lord Hoffmann de hierboven genoemde tests om te beoordelen of er sprake is van een *implied term* en benadrukt dat het niet om verschillende of aanvullende tests gaat.²⁹ Uiteindelijk draait het volgens Lord Hoffmann om de vraag: ‘*is that what the instrument, read as a whole against the relevant background, would reasonably understood to mean?*’ Volgens Lord Hoffmann zou voor toepassing van de test voor *implied terms* aansluiting kunnen worden gezocht bij de eerdere uitspraak *Investors Compensation Scheme* uit het jaar 1998. Deze uitspraak gaat weliswaar over de uitleg van overeenkomsten,³⁰ maar de daar gecreëerde methode voor de uitleg van een overeenkomst kan ook

25 Zie MacKinnon LJ in *Shirlaw v Southern Foundries LTD* [1939] 2 KB 206, 207; McKendrick, 2007, p. 206; Andrews 2015, sub 13.11.

26 *The Moorcock* (1889) 14 PD 64; *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom) Ltd* [1918] 1 KB 592, 605; *Geys v Société Générale* [2013] 1 AC 523, sub 55; zie ook Beale e.a. 2012, sub 13-006 – 13-007; Andrews 2015, sub 13.10.

27 *BP Refinery (Westernport) v Shire of Hastings* (1977) 52 ALJR 20, 26.

28 Beale e.a. 2012, sub 13-010 met verwijzing naar andere bronnen.

29 *Attorney General of Belize v Belize Telecom* [2009] 1 WLR 1988.

30 In de uitspraak *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896 werd een objectieve uitlegmethode geïntroduceerd waarbij het gaat om de betekenis die een redelijk persoon in dezelfde positie als partijen, die beschikt over alle beschikbare achtergrondinformatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, aan de bewoordingen zou hebben toegekend. Zie G. McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification*, Oxford: Oxford University Press 2007, sub 1.52.

worden gebruikt bij het aanvullen van de overeenkomst met een *implied term*.³¹ De conclusie van Lord Hoffmann in de *Belize Telecom*-uitspraak lijkt te zijn dat het aanvullen van de overeenkomst met *implied terms* onderdeel is van het uitlegproces (sub 17-27 van de uitspraak) en dat er dus naar Engels recht – anders dan naar Nederlands recht – geen verschil bestaat tussen uitleg en aanvulling.

In de Engelse doctrine is de *Belize Telecom*-uitspraak kritisch ontvangen. De eerdergenoemde toetsen voor *implied terms* zijn jarenlang nader gebruikt en ontwikkeld door de rechters en het lijkt dan ook te voorbarig te zijn om te concluderen dat de reeds bestaande toetsen minder behulpzaam zijn dan het direct uitleggen van de overeenkomst.³² In de Engelse literatuur worden de traditionele toetsen dan ook nog steeds gezien als het hulpmiddel voor de rechter om te oordelen of de overeenkomst met een *implied term* moet worden aangevuld. In december 2015 heeft het *Supreme Court* duidelijkheid verschaft met het *Marks & Spencer*-arrest. Voornoemd arrest gaat in op de vraag welke toets leidend is voor de *implied terms* en wat de verhouding is tussen uitleg en aanvulling van een overeenkomst.³³

4. De uitspraak: *Marks and Spencer plc v BNP Paribas*

De feiten

Marks & Spencer (huurder) heeft met BNP (verhuurder) een overeenkomst gesloten met betrekking tot de huur van een verdieping in een gebouw in Londen. De huurovereenkomst zou tot 2 februari 2018 lopen. De overeenkomst kende Marks & Spencer de bevoegdheid toe de overeenkomst reeds op te zeggen per 24 januari 2012. De voorwaarden voor het uitoefenen van deze bevoegdheid stonden in het contract omschreven.³⁴ Zo zijn partijen onder meer overeengekomen dat Marks & Spencer haar contractuele bevoegdheid alleen geldig kon uitoefenen indien er geen onbetaalde huurpenningen waren. Marks & Spencer oefende haar contractuele bevoegdheid uit overeenkomstig de daaraan gestelde voorwaarden, zodat de overeenkomst geldig was opgezegd per 24 januari 2012. Het probleem is dat Marks & Spencer de huur heeft vooruitbetaald op de gebruikelijke dag van het kwartaal. Het betreft de huur voor de periode van 25 december 2011 tot en met 24 maart 2012. Zonder deze vooruitbetaling zou de opzegging niet geldig zijn geweest. De vraag die in de voorliggende procedure speelde was of BNP een deel van de door Marks & Spencer vooruitbetaalde huur moest terugbetalen. Het betrof de huur die betaald is voor de periode na opzegging van de overeenkomst: vanaf de opzeggingsdatum (24 januari 2012) tot en met 24 maart 2012. De huurovereenkomst bevatte ter zake geen expliciete bepaling. Volgens Marks &

³¹ Zie ook Andrews 2015, sub 13.16.

³² Beatson e.a. 2010, p. 154; Beale e.a. 2012, sub 13-005.

³³ *Marks & Spencer plc v BNP Paribas* [2015] UKSC 72.

³⁴ Het gaat om clause 8 van de overeenkomst, zie sub 4 van het arrest voor de tekst van deze bepaling.

Spencer stond er een *implied term* in de overeenkomst dat BNP als verhuurder verplicht was om de vooruitbetaalde huur terug te betalen. In eerste aanleg ging het *High Court (Chancery Division)* met dit standpunt mee en oordeelde dat Marks & Spencer gerechtigd was tot terugvordering van de vooruitbetaalde huur ten aanzien van de periode na de opzegging van de huurovereenkomst. In tegenstelling tot het *High Court* verklaarde het *Court of Appeal* echter dat er geen sprake was van een *implied term* dat de vooruitbetaalde huur moest worden terugbetaald in het (onderhavige) geval dat de huurovereenkomst vroegtijdig werd beëindigd.

De uitspraak

Tegen de uitspraak van het *Court of Appeal* gaat Marks & Spencer vervolgens in hoger beroep. Diens middel richt zich primair tegen het oordeel van het *Court of Appeal* dat er geen sprake was van een *implied term* in de overeenkomst. Het *Supreme Court* kan zich vinden in het oordeel van het *Court of Appeal* en verwerpt het beroep van Marks & Spencer.

In de onderhavige zaak staat het *Supreme Court* stil bij de verschillende opvattingen in de literatuur over de *Belize Telecom*-uitspraak (sub 24) en zet uiteen hoe deze uitspraak benaderd moet worden. Ten eerste benadrukt Lord Neuberger³⁵ dat de *Belize Telecom*-uitspraak geen afzwakking is van de vereisten waaraan voldaan moet zijn om een *implied term* aan te nemen. Dat de traditionele toets van *necessity* nog steeds leidend is, wordt in de onderhavige uitspraak bevestigd. De vraag of een overeenkomst aangevuld moet worden met een *implied term* is daarnaast nog steeds afhankelijk van de vraag of de *term* noodzakelijk is voor de *business efficacy* van de overeenkomst, in die zin dat zonder de *implied term* de commerciële of praktische betekenis van de overeenkomst zou ontbreken. *Terms* kunnen niet worden *implied* alleen omdat dit redelijk zou zijn. Vervolgens formuleert Lord Neuberger zes aanvullingen op de traditionele toets en de reeds bestaande rechtspraak met betrekking tot *implied terms* (sub 21). Zo is de aanvulling van de overeenkomst met een *implied term* onder meer niet afhankelijk van bewijs van de daadwerkelijke bedoeling van partijen ten tijde van de totstandkomingsfase. Lord Neuberger voegt daaraan toe dat het aanvaarden van een *implied term* niet voor de hand ligt wanneer het een leemte in een gedetailleerde commerciële overeenkomst betreft, gesloten tussen professionele partijen die zich hebben laten bijstaan door ter zake kundige juridische adviseurs.³⁶ Het is dan lastig om te bewijzen dat partijen het wel bedoeld hebben, maar vergeten zijn het expliciet in de overeenkomst op te nemen.³⁷ De *necessity for business efficacy test* impliceert volgens Lord Neuberger bovendien een

35 Lord Neuberger geeft de *lead judgement* en is ten tijde van deze uitspraak ook de President van het Engelse *Supreme Court*.

36 Dit sluit aan bij de eerdere uitspraken van Lord Neuberger in *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36 en *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi; ParkingEye v Beavis* [2015] UKSC 67 waarin hij heeft benadrukt dat de afspraken van partijen neergelegd in een gedetailleerde commerciële overeenkomst gerespecteerd dienen te worden.

37 Zie in dit kader ook de uitspraak *Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd* [1995] EMLR 472, sub 481-482.

waardeoordeel. Het is daarom geen absolute *necessity test*, maar wanneer – zonder de term – de overeenkomst commerciële of praktische betekenis zou missen, dient de overeenkomst met deze *implied term* te worden aangevuld.

Vervolgens ging het *Supreme Court* nader in op de vraag hoe het uitleggen en aanvullen van de overeenkomst zich tot elkaar verhouden. *Lord Neuberger* gaat hiertoe in op de suggestie, zoals gegeven door *Lord Hoffmann* in de *Belize Telecom*-zaak, dat het proces van ‘*implying a term*’ onderdeel is van het proces van interpretatie van de overeenkomst. In een uitvoerige uiteenzetting laat *Lord Neuberger* zien dat in zijn opvatting de uitleg van de overeenkomst plaatsvindt vóórdat eventuele aanvulling van een bepaling plaatsvindt. Alleen wanneer het proces van uitleg is voltooid, kan overwogen worden of een term aangevuld moet worden (sub 27-28). *Lord Neuberger* volgt daarbij de zienswijze van *Lord Carnwath* – die enkele kanttekeningen plaatste bij de redenering van *Lord Neuberger* – dat het in bepaalde gevallen nodig zal zijn om de eerder vastgestelde uitleg van de overeenkomst te herzien, nadat een leemte in de overeenkomst is aangevuld met een *implied term*.

In het onderhavige geval verhindert ten slotte het reeds bestaande juridisch kader de aanvulling met een term die BNP verplicht om Marks & Spencer de vooruitbetaalde huur met betrekking tot de periode na opzegging terug te betalen. Vooruitbetaalde huur is naar *common law* kort gezegd, niet ‘deelbaar’ in de tijd. Het *Supreme Court* oordeelde dat de huurovereenkomst daarom niet aangevuld kan worden met een dergelijke *implied term*. Volgens *Lord Neuberger* zou het dan ook onjuist zijn om aan de verhuurder en de huurder, zeker wanneer er sprake is van een gedetailleerde en professioneel tot stand gekomen huurovereenkomst, de bedoeling toe te kennen dat de huurder een deel terug zou moeten krijgen van de vooruitbetaalde huur, wanneer al zo lang is vastgesteld dat dit niet het geval is naar Engels recht (sub 50). Vanwege de omstandigheid dat in het Engelse recht de verhuurder de vooruitbetaalde huur mag houden, met uitzondering van bijzondere omstandigheden, zijn expliciete woorden nodig voordat het aanvaardbaar zou zijn om het contract aan te vullen met een bepaling – *implied term* – die hier afbreuk aan doet. Daarom is BNP gerechtigd om de gehele vooruitbetaalde huur te houden.

5. Conclusie

Een korte vergelijking tussen het Nederlandse en Engelse recht laat zien dat leemten in een overeenkomst op een verschillende manier kunnen worden aangevuld. In het Nederlandse contractenrecht zal dit geschieden aan de hand van de in de wet verankerde aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Het Engelse recht vult leemten in de overeenkomst op door het aannemen van een *implied term* om de overeenkomst commerciële betekenis te geven. Wat deze commerciële betekenis precies inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het arrest *Marks & Spencer v BNP Paribas* stelt het *Supreme Court* voorop dat de *necessity test* (nog steeds) bepalend is voor de vraag of een overeenkomst aangevuld dient te worden met een *implied term* en wordt

benadrukt dat een *implied term* in een gedetailleerde commerciële overeenkomst niet snel is te aanvaarden.³⁸

Uit de uitspraak *Marks & Spencer v BNP Paribas* kan worden afgeleid dat in het Engelse recht een onderscheid dient te worden gemaakt tussen het uitleggen en het aanvullen van de overeenkomst met een *implied term*. Dat het uitleggen van de overeenkomst dient plaats te vinden vóórdat een leemte in de overeenkomst wordt aangevuld, sluit aan bij het Nederlandse systeem. Door middel van uitleg kan worden vastgesteld of er een leemte is die moet worden opgevuld. Naar Nederlands recht is dan ook bepleit om een onderscheid te maken tussen de verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid: uitleg, aanvulling en beperking.

Interessant is nog de vraag hoe de Nederlandse rechter deze problematiek zou hebben opgelost. Veel verder dan de uitleg van de overeenkomst zal de Nederlandse rechter vermoedelijk niet gekomen zijn. Gelet op de omstandigheden van het geval (commerciële overeenkomst, professionele partijen en de gewoonte) zal de rechter een objectieve uitlegmethode hanteren binnen de Haviltex-maatstaf. In tegenstelling tot het Engelse recht zal naar Nederlands recht wel bewijs van de daadwerkelijke bedoeling van partijen ten tijde van de totstandkomingsfase worden meegenomen bij de uitleg.³⁹ Uit niets blijkt echter dat het de bedoeling van partijen is geweest om af te spreken dat BNP bij opzegging van de overeenkomst de resterende vooruitbetaalde huur zou moeten terugbetalen. Bij gebrek aan bewijs van een dergelijke uitleg is de Nederlandse rechter gedwongen om onder de gegeven omstandigheden de uitlegfactor de tekst van de overeenkomst doorslaggevend te achten en te concluderen dat de overeenkomst geen leemte bevat en dus ook geen aanvulling behoeft. Het lijkt erop dat de uitspraak naar Nederlands recht niet anders zal uitvallen dan de uitspraak van het *Supreme Court*. In navolging van het Engelse recht verdient het aanbeveling om in het Nederlandse recht terughoudend om te gaan met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij uitvoerige (commerciële) overeenkomsten gesloten tussen professionele partijen (met de eventueel benodigde juridische ondersteuning).

Tot slot. Een kwart eeuw bestaat het huidige Burgerlijk Wetboek, een kwart eeuw is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid verankerd in het Burgerlijk Wetboek⁴⁰ en een kwart eeuw is Henk Snijders hoogleraar Burgerlijk

38 Bevestigd in april 2016 door de *High Court (Chancery Division, Financial List* (sinds 1 oktober 2015 gespecialiseerd *court* in het beslechten van geschillen in de financiële markt)) in *Hayfin Opal Luxco 3 S.A.R.L. & Anor v Windermere VII CMBS plc & Ors* [2016] EWHC 782 (Ch), sub 68.

39 Zie o.a. Andrews 2015, p. 362; *Bank of Credit and Commerce International v Ali* [2002] 1 AC 251 sub 8; R. Calnan, *Principles of contractual interpretation*, Oxford: Oxford University Press 2013, sub 4.41.

40 Toen op 1 januari 2012 het nieuwe BW twintig jaar bestond, greep Henk Snijders deze gelegenheid aan om te bezien en bespreken wat de invloed van de tandem redelijkheid en billijkheid is op het Nederlandse recht. Zie H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *Ars Aequi* 2012/10, p. 771-778.

Recht te Leiden.⁴¹ Zoals de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid niet meer weggedacht kan worden uit het burgerlijk recht, geldt dit wat mij betreft ook voor (het werk van) Henk Snijders. De tijd van zijn emeritaat is gekomen. Van een leemte zal allerminst sprake zijn, want Henk Snijders is voornemens om nog vele jaren een aanvullende werking te bewerkstelligen.

⁴¹ Een lichte afronding is toegestaan.

De klachtplicht beteugeld

Jaap Hijma¹

I. Inleiding

In een van zijn talrijke noten in de *Nederlandse Jurisprudentie* heeft de hoofdpersoon van deze bundel, Henk Sniijders, zich beziggehouden met de klachtplicht van de teleurgestelde crediteur.² Hij deed dat naar aanleiding van het in 2007 gewezen arrest *Ploum/Smeets I*, waarin de Hoge Raad te kennen geeft dat de tardiviteitsbepalingen van art. 6:89 en 7:23 BW niet alleen contractenrechtelijke aanspraken, maar ook vorderingen uit onrechtmatige daad beheersen.³ Sniijders presenteert daarover enige behartigenswaardige beschouwingen, waarin hij de Hoge Raad in principe volgt, maar aan de annexatie van de onrechtmatige daad nadrukkelijk een grens verbindt.⁴ Wij mogen hem daarmee in het onderwerp van dit opstel (geverseerd en) geïnteresseerd weten.

Naar luid van het algemeen-verbintenisrechtelijke art. 6:89 BW kan de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Art. 7:23 lid 1 BW voegt daaraan, voor non-conformiteit bij koop, een precisering toe.⁵ De aldus gecreëerde 'klachtplicht' heeft ten doel de tekortschietende schuldenaar te beschermen tegen late en daardoor moeilijk meer te betwisten klachten.⁶ Zij bewerkstelligt die bescherming door aan het ongebruikt verstrijken van de klachttermijn een scherpe sanctie te verbinden: rechtsverval. In het licht van het feit dat de schuldenaar een tekortkoming heeft begaan, die aldus zonder consequenties blijft, terwijl de schuldeiser slechts tijd laat passeren, dringt het beeld van een guillotineregime zich

¹ Prof. mr. Jac. Hijma is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

² H.J. Sniijders, noot onder HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), gepubliceerd in *NJ* 2008/553.

³ Het etiket 'tardiviteitsbepalingen' ontleen ik aan annotator Sniijders, t.a.p., par. 3 sub b.

⁴ Sniijders, t.a.p., par. 3 sub b.

⁵ De term 'precisering' is van de Hoge Raad: HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2.

⁶ Aldus TM, in: C.J. van Zeben e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7*, Deventer: Kluwer 1991, p. 146; HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, *NJ* 2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post*), r.o. 3.4; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.2.

op.⁷ De situatie doet denken aan die onder het oude Burgerlijk Wetboek, toen een valbijlnatuur toekwam aan art. 1547 (oud) BW, dat in geval van verborgen gebreken de koper noopte 'binnen eenen korten tijd' een rechtsvordering in te stellen.⁸ Deze reminiscentie is wat cynisch, nu het verdwijnen van die beruchte oude tijds-klem alom als een forse verbetering wordt gezien.⁹

Dit opstel staat in het teken van de wens het wettelijke klachtplichtregime binnen de perken van het aanvaardbare te houden. Het strekt ertoe te onderzoeken langs welke wegen het voorliggende regime kan worden beteugeld, welke van die wegen de Hoge Raad der Nederlanden bewandelt, en hoe de ontwikkelde jurisprudentie is te waarderen.¹⁰

2. Een kwart eeuw klachtplicht

De wetsartikelen over de klachtplicht behoren tot het selecte groepje bepalingen waarvoor de aandacht de afgelopen kwart eeuw is geëxplodeerd. Bij de voorbereidingen van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is aan art. 6:89 BW nauwelijks inkt besteed; in de parlementaire geschiedenis beloopt het commentaar op dat artikel minder dan een pagina.¹¹ Op het niveau van de koop, art. 7:23 BW, is de wetshistorie informatiever.¹²

7 De associatie met de guillotine treft men ook aan bij W.H. van Boom, 'Klachtplicht bij koop', annotatie HR 25 maart 2011 (*Ploum/Smeets II*), AA 2011, p. 810-814. Qua scherppte anders, maar qua lading identiek, is het beeld van de botte bijl: C. Bollen & T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant, Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld', *NJB* 2009/2192, sub 3.

8 De parallel wordt ook getrokken in VVI, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 156 (sub 1); optimistisch echter MvA I, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 157 (sub c).

9 Over de beteugeling van dat voormalige wetsartikel J.B.M. Vranken, 'Zes manieren om een oude dame niet te wekken, Over verborgen gebreken', *WPNR* 1991/6030. De hierna opgenomen opsomming van wegen doet denken aan de destijds door Vranken gekozen aanpak.

10 Zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b), Deventer: Kluwer 2013, nr. 30-44; W.L. Valk, 'Hoe verder met de klachtplicht?', *NTBR* 2014/2. Over het onderwerp in het algemeen (en voor verdere bronnen): A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-1**, *De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 408; Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-1**, *Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 541-555a; F.M. van Cassel-van Zeeland, in: E.H. Hondius & R.J.Q. Klomp (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. bij art. 6:89; M.M. van Rossum, in: C.G. Breedveld & A.G. Castermans (red.), *Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. bij art. 7:23.

11 C.J. van Zeven e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 316-317; C.J. van Zeven e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1258. Op deze verbazingwekkende bondigheid wijst ook W.L. Valk, *NTBR* 2014/2, p. 4.

12 *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 145-158.

Na hun inwerkingtreding op 1 januari 1992 hebben de klachtplichtbepalingen aanvankelijk een rustig bestaan geleid. In de lagere rechtspraak kwam af en toe art. 7:23 lid 1 BW aan de orde, met name bij de koop van onroerende zaken. Het wettelijke criterium dat de schuldeiser ‘binnen bekwame tijd’ moet klagen, werd door de feitenrechter in de richting van – in beginsel – twee maanden geïnterpreteerd.¹³ Voor de consumentenkoop bepaalt de wet sinds 2003, dat een kennisgeving tijdig is als zij binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking wordt gedaan (art. 7:23 lid 1 BW slot).¹⁴

In 2006 raakt de Hoge Raad bij het onderwerp betrokken.¹⁵ Vanaf dan verschijnen er welhaast ieder jaar een of meer belangrijke – en soms spectaculaire – arresten over de klachtplicht, met als voorlopig hoogtepunt het arrest *Van de Steeg/Rabobank*, waarin de Raad (mede) terugblijkt op de rechtsontwikkeling en de hoofdlijnen daarvan in kaart brengt.¹⁶ De ontwikkeling kan zonder twijfel in de sleutel worden geplaatst van het verlangen om het guillotineregime binnen aanvaardbare perken te houden. In het recente arrest *FAR/Edco II* voorziet de Hoge Raad zijn visie op het leerstuk van een inbedding door te overwegen, dat de klachtplichtregels als ‘specifieke, in de wet geregelde vormen van rechtsverwerking’ moeten worden opgevat.¹⁷

Wanneer men zich zet aan een inventarisatie van de methoden om de klachtplicht te beteugelen, verschijnt alras een scala aan mogelijkheden ter tafel. Ik kom tot (ten minste) negen wegen.¹⁸

3. Eerste weg; aanpalende situaties

Een eerste, voor de hand liggende, wijze om de regeling te beheersen is erop toe te zien dat haar toepassing niet uitwaaiert, maar beperkt blijft tot de situaties waarvoor zij in het leven is geroepen.

13 Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 24 november 2003, *Prg.* 2004/6206; Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV5202, *NJF* 2006/295; meer vindplaatsen noemt *Asser/Hijma* 5-1 2007/545a (vgl. de huidige editie, 2013/545a).

14 Wetswijziging ter implementatie van (art. 5 lid 2) Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* L 171. Ook buiten de consumentenkoop vonden de twee maanden hun weg naar de (koop van) roerende zaken; zie bijv. Rb. Haarlem 5 april 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AW0848, *NJF* 2006/289 (vuilniswagens).

15 Te beginnen bij (de uithoek van) de in art. 7:23 lid 2 BW neergelegde verjaringstermijn: HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582, *NJ* 2006/272 (*Inno/Sluis*). Over de betekenis van dat lid 2 voor de klachtplicht van lid 1 hieronder, par. 4.

16 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*).

17 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *RvdW* 2015/66 (*FAR/Edco II*), r.o. 5.6.3.

18 Uitputtend is dit overzicht niet bedoeld. Zo kan men bijv. een extra route zien in de – gangbare – opvatting, dat aan vorm en inhoud van de klacht geen hoge eisen mogen worden gesteld; te dien aanzien *Asser-Hijma* 7-1* 2013/543c.

Art. 6:89 en 7:23 BW zijn geschreven voor gevallen waarin een verrichte prestatie een gebrek vertoont, met andere woorden: voor ondeugdelijke nakoming. Zij zijn dus niet bedoeld voor casusposities waarin in het geheel geen prestatie is verricht, en mogen – aldus terecht de Hoge Raad – daar ook niet toe worden uitgebreid.¹⁹ Een andere illustratie is, dat de klachtplichtregeling zich niet uitstrekt tot onregelmatigheden die de wederpartij verricht in haar rol van schuldeiser, zoals het sturen van valse facturen.²⁰

Interessant in dit verband is de discussie over de vraag of art. 6:89 BW zich mede uitstrekt tot de vordering van een rechtspersoon tegen zijn bestuurder ter zake van onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW). De feitenrechter oordeelt wisselend; mede in het licht van het beteugelingsstreven, ben ik geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden.²¹

In de jurisprudentie zijn intussen toch uitspraken aanwijsbaar waarin aanpalende situaties onder de vleugels van het klachtplichtstelsel worden geschoven. In het arrest *Amsing/Dijkstra-Post* ligt een geval voor waarin een afgeleverd apparaat kuren vertoont en door de verkoper wordt gerepareerd.²² Gaat vanaf het herstel een nieuwe klachttermijn van start? De Hoge Raad antwoordt bevestigend, art. 7:23 BW analogisch toepassend.²³ Ook op de situatie dat de verkoper de eerst afgeleverde zaak door een ander exemplaar heeft vervangen, is de klachtplichtregeling *per analogiam* van toepassing.²⁴ Inderdaad liggen deze situaties – met name die waarin de zaak is vervangen – dermate dicht tegen een reguliere non-conformiteit aan, dat het vreemd zou zijn ze anders te behandelen. De voorbeelden laten zien dat ook als men uitwaaiëring in principe wil tegengaan, rechtssystematische overwegingen nog een effectief tegenwicht kunnen bieden; het zou te ver gaan de klachtplichtregels analogie-immuun te verklaren.

4. Tweede weg; aanpalende grondslagen

In art. 6:89 BW schrijft de wetgever dat de schuldeiser ‘op een gebrek in de prestatie geen beroep meer [kan] doen’, in art. 7:23 BW dat de koper ‘er geen beroep meer op [kan] doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt’. Beide formules verwijzen rechtstreeks naar de figuur van de tekortkoming, die zich voordoet als de schuldenaar ‘in enig opzicht ten achter blijft bij

19 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (*Brocacef/Simons*), r.o. 4.3.

20 HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1565, NJ 2001/410 (*Luttiikhuis c.s./Ridgefield c.s.*), r.o. 3.3.

21 In ontkennende zin ook A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, ‘De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief’, *MvV* 2015/4, p. 99-105 (met vermelding van feitenrechtspraak).

22 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, NJ 2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post*), r.o. 3.4.

23 Dat het om een analogie gaat, wordt opgehelderd in het op dezelfde dag gewezen HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.3.5 (‘overeenkomstige toepassing’).

24 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.5.5.

hetgeen de verbintenis vergt'.²⁵ De met verval bedreigde remedies zijn dus die, welke aan ontoereikend presteren zijn verbonden: corrigerende nakoming (aanvulling, herstel, vervanging), opschorting, schadevergoeding wegens tekortkoming, ontbinding van de overeenkomst.

De toelichting bij art. 7:23 BW breidt het werkterrein uit door ook een vordering of verweer op grond van *dwaling* (art. 6:228 BW) onder dit artikel te brengen, daartoe aanvoerend dat de grens tussen *dwaling* en wanprestatie in de praktijk vaak moeilijk is te trekken.²⁶ De passage hoort bij en is georiënteerd op het tweede lid van art. 7:23 BW, dat de netten ruimer uitwerpt dan het eerste artikellid: '[r]echtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.' Die ruimere formule verschijnt (pas) op het toneel in het kader van de verjaring. Doordat lid 2 de verjaringstermijn van start laat gaan op het moment waarop de koper bij de verkoper klaagt (lid 1), raken lid 1 en 2 echter verstrengeld; het terrein van lid 1 mag niet smaller uitvallen dan dat van lid 2.

Inderdaad is in de praktijk de grens tussen *dwaling* en tekortkoming soms 'zo dun als een spinneweb'.²⁷ Dit neemt niet weg dat het om fundamenteel verschillende leerstukken gaat; het eerste onderzoekt een totstandkomingsprobleem (wilsgebrek), het tweede een uitvoeringsprobleem (contractbreuk).²⁸ Juist bij de aflevering van non-conforme zaken kan een en ander met elkaar versmelten, doordat in beide kaders de verwachtingen van de koper omtrent de eigenschappen van de verhandelde zaak centraal staan.²⁹ Met recht wijzen de toelichtende stukken erop, dat het bij samenloop ongewenst is dat de koper, die geen beroep meer kan doen op non-conformiteit, 'op grond van dezelfde klacht' nog eenzelfde resultaat zou kunnen bereiken via de band van de *dwaling*.³⁰ De toelichting gaat er echter ook van uit dat zo'n samenloop zich niet altijd voordoet;³¹ voor een categorische afsluiting van de *dwaling*sroute is dus geen reden. En buiten het (zaaksgericte) kader van de koop geldt, dat men *dwaling* en tekortkoming daar meestal des te beter uit elkaar kan houden. De gedachte dat de bij art. 7:23 lid 2 BW opgewelde samenloopidee zich niet alleen over art. 7:23 lid 1 BW uitstrekt, maar van daaruit – als sprak het vanzelf – ook het algemene art. 6:89 BW overspoelt, spreekt (mij)

²⁵ Citaat TM, *Parl. Gesch. NBW, Boek 6*, p. 258.

²⁶ TM, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 146-147.

²⁷ Het beeld is van S. Gerbrandy, 'De omstandigheden. Op de grens tussen *dwaling* en wanprestatie', *WPNR* 1990/5959, p. 288.

²⁸ Aldus terecht VV II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 150, sub 4. Nader over dit onderwerp J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, met name hoofdstuk 2.

²⁹ Zie art. 6:228 (*dwaling*) en 7:17 BW (*non-conformiteit*).

³⁰ MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 152, sub 4.

³¹ MvA II, t.a.p. ('zijn wij van oordeel dat het zich zeer wel kan voordoen dat het ontbreken van bepaalde eigenschappen die essentieel zijn voor het beantwoorden van de zaak aan [de] overeenkomst, tegelijk een beroep op *dwaling* rechtvaardigt').

dan ook niet aan.³² Het zou mijns inziens niet moeten gaan om de vraag of de dwalende aan het feitencomplex een actie uit non-conformiteit had *kunnen* ontlenen, maar veeleer om de vraag of hij zijn dwalingsberoep daadwerkelijk in de sfeer van non-conformiteit heeft uitgewerkt, zodat slechts de juridische jas verschilt. In het arrest *Pouw/Visser* lijkt de Hoge Raad het ruimer te zien: art. 7:23 BW regardeert mede een dwalingsberoep ‘gebaseerd op feiten die eveneens de stelling zouden kunnen rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt’.³³

De Hoge Raad heeft zich bovendien uitgesproken over vorderingen uit *onrechtmatige daad* (art. 6:162 BW). Het regime van art. 6:89 en 7:23 BW geldt, aldus het college, ook ‘indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd’.³⁴ Het is deze uitdijning, waartegen Snijders met recht een dam opwerpt.³⁵ Ik zou menen dat veel vorderingen uit onrechtmatige daad buiten het klachtplichtregime (behoren te) blijven, aangezien die vorderingen plegen te worden gegrond op andere – ‘zwaardere’ – feiten dan die welke de tekortkoming constitueren.³⁶

Over de vernietigingsgrond van het *bedrog* (art. 3:44 lid 3 BW) heeft de Raad zich vooralsnog niet uitgelaten. De gedachte dat ook een bedrieger zich in principe op het ontbreken van een tijdige klacht zou kunnen beroepen, acht ik ongelukkig. Het bij bedrog aanwezige opzetelement onderscheidt dat wilsgebrek structureel van de non-conformiteit.³⁷

5. Derde weg; sanctionering

De angel van het klachtplichtregime is gelegen in zijn pittige sanctie: de schuld-eiser kan op het prestatiegebrek geen enkel beroep meer doen (art. 6:89, 7:23 BW).

³² Vgl. HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2, toegespitst op onrechtmatige daad.

³³ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.8.

³⁴ HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2, onder verwijzing naar het op art. 7:23 lid 2 BW (verjaring) toegesneden HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582, NJ 2006/272 (*Inno/Sluis*), r.o. 4.3.

³⁵ Zie par. 1.

³⁶ Nader Jac. Hijma, ‘Verjaring bij nonconformiteit en onrechtmatige daad’, *WPNR* 2006/6675; J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is’, *WPNR* 2013/6988 (sub 2.3). Kritisch over die kritiek H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties, Koop*, Den Haag: BJu 2012, nr. 441.

³⁷ Dit standpunt lijkt in de literatuur aan de winnende hand. Zie C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192, sub 6; S. Tamboer, ‘De klachtplicht van de koper in het Nederlandse kooprecht’, *TvC* 2008, p. 225; R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/39) (sub f); J.J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen’, *NTBR* 2010/21; evenzo Asser/*Hijma* 7-I* 2013/549a; Jac. Hijma, ‘Klachtplicht en bedrog’, *WPNR* 2009/6781. Anders H.N. Schelhaas, ‘Klagen over bedrog!’, *NTBR* 2013/6.

Bollen en Hartlief betogen dat dit alles-of-niets-model niet goed past in het moderne verbintenissenrecht, waarin extremen het veld hebben geruimd ten gunste van tussenoplossingen. In dit licht bepleiten zij verzachte rechtsgevolgen bij een late klacht, zoals een aanpassing van de (stelplicht of) bewijslast, of het slechts gedeeltelijk wegvallen van aansprakelijkheid.³⁸

Van deze relativiseringsmethode heeft de rechtspraak vooralsnog geen gebruik gemaakt.³⁹ Wel bestaat een onderhuids verband met de onlangs door de Hoge Raad geëxpliciteerde gedachte, dat de klachtplichtbepalingen specifieke vormen van rechtsverwerking opleveren.⁴⁰ Het leerstuk van de rechtsverwerking immers, dat op zijn beurt op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is terug te voeren (art. 6:248 lid 2 BW),⁴¹ laat wel degelijk op maat gesneden sancties toe.⁴² Daar staat tegenover dat voor de klachtplicht speciale artikelen zijn geschreven, die kortweg leren dat een te trage schuldeiser in het geheel geen beroep meer op de tekortkoming kan doen. Het overschakelen naar lichtere sancties binnen het klachtplichtstelsel is daarmee een netelige zaak.⁴³

6. Vierde weg; nadere vereisten

Men kan de klachtplicht ook beteugelen door een of meer nadere – in de wet niet vermelde – vereisten in te brengen, waaraan zal moeten zijn voldaan alvorens de conclusie van rechtsverval wordt getrokken. Aangezien de potentiële benadeling van de schuldenaar door late klachten het hart van de besproken artikelen vormt, is hierbij met name te denken aan een *nadeelvereiste*: de niet tijdig klagende schuldeiser verliest zijn mogelijkheden alleen, indien de schuldenaar door de laatheden van de klacht wordt getroffen.

In de jurisprudentie wordt deze beteugelingswijze niet als zodanig gevolgd. Wel treffen wij een verzwakte variant aan: nadeel bij de schuldenaar heeft niet de positie van een eis, maar wel die van een gezichtspunt, dat meeweegt bij het oordeel over

38 C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192. Sympathie voor deze koers hebben ook W.H. van Boom, *AA* 2011, p. 814; J.G.H. Meijerink, 'De klachtplicht in Europees perspectief', *NTBR* 2014/16, p. 121; J.L. Smeehuijzen, *WPNR* 2013/6988 (sub 3.2.5).

39 Ook het standaardarrest *Van de Steeg/Rabobank* gaat zonder meer uit van 'het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van [...] verval al zijn rechten ter zake van de tekortkoming' (r.o. 4.2.6). Wellicht biedt het hierna (en in par. 2) genoemde arrest *FAR/Edco II*, dat de klachtplichten in het raam van de rechtsverwerking plaatst, in dezen een opening.

40 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *RvdW* 2015/66 (*FAR/Edco II*).

41 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, *RvdW* 2005/75 (*B./Zee*), r.o. 5.

42 Nader A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 430 jo. 435; R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/26); W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 149-157.

43 Zie echter hierna, par. 11. Op de daar besproken mogelijkheid de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid in te zetten wijzen ook C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192, sub 5.

de vraag of de klacht tijdig is. In het arrest *Van de Steeg/Rabobank* overweegt de Hoge Raad onomwonden dat aan de nadeelvraag 'groot gewicht' toekomt.⁴⁴ Dat gewicht belandt op de weegschaal in het kader van een door de rechter te verrichten afweging van belangen: aan de ene zijde ligt het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van volledig rechtsverval, aan de andere zijde bevinden zich de concrete belangen waarin de schuldenaar door het late protest is getroffen (zoals een achteruitgang van zijn bewijspositie, of een vermindering van zijn kansen de schade beperkt te houden).⁴⁵ Als de belangen van de verkoper niet zijn geschaad, zal er in de ogen van de Raad 'niet spoedig voldoende reden zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten'.⁴⁶ 'Niet spoedig'; het kán dus wel. De idee dat nadeel bij de schuldenaar niet de betekenis heeft van een vereiste, maar wel van een zwaar gezichtspunt, sluit goed aan bij de vaststelling dat het hier om specifieke vormen van rechtsverwerking gaat;⁴⁷ ook in de rechtsverwerkingsleer is nadeel belangrijk, maar niet onmisbaar.⁴⁸

7. Vijfde weg; uitzonderingen

Een vijfde methode om de klachtplichtfiguur aan te lijnen, is het ontwikkelen van een of meer uitzonderingen. Deze weg ligt in het verlengde van de vorige. Zo'n uitzondering zou van terreinmatige aard kunnen zijn (bijvoorbeeld: het stelsel is niet van toepassing bij dienstenovereenkomsten), maar zou ook een meer algemeen karakter kunnen dragen (bijvoorbeeld: het stelsel is niet van toepassing als de schuldenaar de schuldeiser opzettelijk heeft misleid); ook combinaties van deze beide lijnen zijn denkbaar.⁴⁹

Art. 7:23 lid 1 BW noemt zelf reeds enkele uitzonderingsgevallen. Het gaat hierbij niet om inperkingen van de klachtplicht als zodanig, maar om ecartering van de in die plicht (als voorstadium) verweven onderzoeksplicht.⁵⁰ Normaliter gaat de bekwame tijd van start zodra de koper de non-conformiteit heeft ontdekt 'of redelijkerwijs had behoren te ontdekken' (art. 7:23 lid 1 BW, eerste zin); de laatste woorden impliceren dat hij tot enig onderzoek van het ontvangene kan zijn gehouden. In drie situaties valt die onderzoeksplicht weg, zodat het startpunt van

44 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.4.

45 Arrest *Van de Steeg/Rabobank*, r.o. 4.2.6, 5.4.

46 Arrest *Van de Steeg/Rabobank*, r.o. 4.2.4; evenzo reeds HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2.

47 Zie hierboven, par. 2.

48 Nader R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/23); W.L. Valk, *Rechtsverwerking in driefvoud* (diss. Leiden), 1993, p. 141-148.

49 J.L. Smeehuijzen, WPNR 2013/6988, suggereert een uitzondering voor gevallen waarin persoonschade is geleden.

50 Over die ingeweven onderzoeksplicht HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.3.2; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.3; Asser/Hijma 7-I* 2013/554a-c.

de klachtijd pas bij de ontdekking van het gebrek wordt bereikt: als aan de zaak een eigenschap ontbreekt die deze volgens de verkoper bezat, als de verkoper zijn mededelingsplicht heeft geschonden, en – andersoortig – bij iedere consumentenkoop (art. 7:23 lid 1 BW, tweede en derde zin).⁵¹

Art. 6:89 BW noemt deze uitzonderingen op de onderzoekscomponent niet. Zijn zij van overeenkomstige toepassing? In de procedure *Kramer/Van Lanschot* tracht een particuliere belegger de Hoge Raad ertoe te verleiden de bij de koop vermelde consumentenuitzondering door te trekken, maar zonder succes; de Raad noemt de analogie-idee kortaf ‘niet juist’.⁵² Naar mijn mening valt voor een dergelijke analogie echter veel te zeggen. Zoals gezien heeft de wetgever aan art. 6:89 BW nauwelijks aandacht besteed.⁵³ Materieel heeft niet het schrale art. 6:89 BW, maar juist het beter gevulde art. 7:23 lid 1 BW het karakter van de standaardregel, waaraan de andere bepaling zich in dezen kan spiegelen.⁵⁴

De drie in art. 7:23 lid 1 BW vervatte uitzonderingen lenen zich mijns inziens goed voor veralgemenisering. Steun voor dit standpunt valt te ontleen aan het Draft Common Frame of Reference (DCFR), dat ook een algemeen-verbintenisrechtelijke klachtplicht kent – met rechtsverval als sanctie –, maar daar een tweetal vaste uitzonderingen op aanbrengt: situaties waarin de tekortkoming ‘relates to facts which the debtor knew or could reasonably be expected to have known and which the debtor did not disclose to the creditor’, plus alle gevallen waarin de schuldeiser consument is (art. III.-3:107 par. 3 en 4 DCFR).⁵⁵ Deze uitzonderingen zijn van een zwaardere kaliber dan die van art. 7:23 BW: niet alleen omsluiten zij het gehele verbintenissenrecht, maar ook belichamen zij volle uitzonderingen (dus niet slechts een ecartering van de onderzoeksplicht). Mede in dit transnationale licht lijkt een extrapolatie van de in art. 7:23 lid 1 BW vermelde onderzoeksplichtgrenzen naar de algemene klachtplicht van art. 6:89 BW verantwoord.⁵⁶ De DCFR-bepaling

⁵¹ De structureel-afwijkende behandeling van de consumentenkoop is een sequeel van art. 5 lid 2 Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* L 171.

⁵² HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *NJ* 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*), r.o. 3.5; in dezelfde zin, impliciet, HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.4.

⁵³ Zie hierboven, par. 2.

⁵⁴ Dat de Hoge Raad art. 7:23 lid 1 BW als een *precisering* van art. 6:89 BW aanmerkt (zie par. 1), lijkt de hier gesuggereerde analogie te ondersteunen.

⁵⁵ Chr. von Bar & E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich: Sellier 2009; over de genoemde bepalingen *Volume I*, p. 805-808.

⁵⁶ In vergelijkbare zin, toegespitst op de consumentenuitzondering, M. van Kogelenberg, “Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen”, *WPNR* 2007/6733, p. 1012; R.P.J.L. Tjittes, ‘Naar een uniforme klachtplicht bij consumentencontracten’, *Contracteren* 2011, p. 29-31 (30); vgl. de laatste, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b 2013/36). Zie ook mijn opmerkingen in *NJ* 2014/497, noot, sub 8. Voor de schending van een mededelingsplicht (bij internationale handelscontracten) vgl. art. 40 CISG (Weens Koopverdrag).

maakt geen uitzondering voor het geval dat de zaak een door de verkoper aangegeven eigenschap mist.⁵⁷ Deze situatie echter is nauw verwant aan de schending van een mededelingsplicht en kan – zoals art. 7:23 BW laat zien – in dit verband daarmee op één lijn worden gesteld. Hierbij is nog vermeldenswaard, dat de Hoge Raad van mening is dat ‘de ernst van de tekortkoming’ kan meebrengen dat een nalatigheid van de koper niet aan hem kan worden tegengeworpen.⁵⁸ Voor gevallen waarin de schuldenaar het gebrek in zijn prestatie opzettelijk heeft gecamoufleerd, acht ik een structurele uitschakeling van de klachtplicht op haar plaats. De uitzondering die art. 7:23 lid 3 BW voor opzetcasus aanbrengt op het punt van de verjaring,⁵⁹ kan men doortrekken naar de klachtplicht van lid 1, en van daaruit naar de klachtplicht in het algemeen (art. 6:89 BW). Een aantal schrijvers bepleit, ruimer, een uitzondering voor alle situaties waarin de schuldenaar zelf al weet dat hij is tekortgeschoten.⁶⁰

8. Zesde weg; aanvang klachttermijn

Het klachtplichtregime kan voorts worden teruggedrongen door de wettelijk gegunde ‘bekwame tijd’ niet te snel van start te laten gaan. Dat kan op twee, elkaar aanvullende, manieren: door voorzichtigheid te betrachten bij het oordeel dat de schuldeiser een gebrek behoorde te ontdekken, en door voorzichtig te zijn met de conclusie dat de schuldeiser het gebrek daadwerkelijk heeft ontdekt.

De rechtspraak biedt van beide, inderdaad aantrekkelijke, opties voorbeelden. In het arrest *Van de Steeg/Rabobank* overweegt de Hoge Raad met betrekking tot een beleggingsadviesrelatie, dat op de (particuliere) cliënt pas een onderzoeksplicht rust indien hij van de zorgplicht van de bank op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten (waarbij dit laatste niet spoedig wordt aangenomen).⁶¹ Deze cliëntvriendelijke invulling van de onderzoeksplicht leidt ertoe, dat pas relatief laat het moment wordt bereikt waarop de cliënt het gebrek in de dienstverlening behoort te kennen, zodat zijn klachttermijn ook relatief laat van start gaat. En in het arrest *Pouw/Visser* leert de Hoge Raad, dat de koper die een deskundige inschakelt om de zaak te onderzoeken, in beginsel de uitslag van dat onderzoek mag afwachten voordat hij zich met een

⁵⁷ Over die situatie *Asser/Hijma* 7-I* 2013/547.

⁵⁸ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.4, met verwijzing naar HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, *NJ* 2013/5 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2.

⁵⁹ Blijkens de wetsgeschiedenis grijpt de in art. 7:23 lid 3 BW genoemde uitzondering alleen terug naar de verjaringsregel van art. 7:23 lid 2 BW; zie MvT, VVII, MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 149, 151, 153.

⁶⁰ C. Bollen & T. Hartlief, *NJB* 2009/2192, sub 6.

⁶¹ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.2 (e.v.).

klacht tot de verkoper wendt.⁶² Het arrest ziet op een woonhuis waarin de koper schimmel en houtrot signaleert, welke hij – alvorens te klagen – door een bouwkundig bureau laat onderzoeken. De eventuele zienswijze dat de koper het gebrek dan kennelijk al heeft ontdekt, zodat de klachttermijn al loopt, is met *Pouw/Visser* van tafel.

9. Zevende weg; lengte klachttermijn

Een zevende route naar klachtplichtbeteugeling ligt in het verlengde van de vorige: net zoals men terughoudend kan zijn aan het begin van de klachttermijn, kan men dat zijn aan het einde ervan. Anders gezegd: men kan (de lengte van) de ter beschikking staande termijn oprekken. Het is deze optie, die de rechtspraak op spectaculaire wijze heeft benut.

De Hoge Raad leert dat de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied, moet worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden.⁶³ Een vaste termijn kan daarbij – aldus het college – niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.⁶⁴ Deze sterk casusafhankelijke benadering heeft – gezien de daarvan gegeven uitwerking – als consequentie, dat een pas na verloop van jaren geuite klacht nog binnen bekwame tijd kan zijn.⁶⁵

Het voordeel van deze aanpak is zijn grote flexibiliteit, en daarmee de potentie de schuldeiser een effectieve beschutting te bieden tegen ontijdig rechtsverval. Maar er zijn ook nadelen. Ten eerste lijkt de spankracht van de term ‘binnen bekwame tijd’ te worden overschreden, en dat dermate rigoureus, dat men zich kan afvragen of dat criterium – en daarmee het wetsartikel – nog serieus genomen wordt. Vanaf een bepaalde, taalkundig nog acceptabele, grens zou beter naar de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden overgeschakeld (art. 6:248 lid 2 BW).⁶⁶ Ten tweede ontstaat spanning met het leerstuk van de verjaring.⁶⁷ Art. 7:23 lid 2 BW kent voor de koop een verjaringstermijn van twee jaren, die korter is dan hetgeen in het algemeen geldt bij tekortkomingen (vijf jaren),⁶⁸ en die kennelijk is

62 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*); zie r.o. 3.4.3. In deze sfeer ook bijv. Rb. Arnhem 10 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ4349 (siervis met zwemblaasontsteking).

63 Voor het (grote) gewicht van nadeel bij de schuldenaar zie hiervóór, par. 6.

64 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*) r.o. 3.3.4; herhaald in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.3.

65 Zie het arrestentrio HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, NJ 2014/495 (*Van Lanschot/Grove*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*).

66 Daarover par. 11.

67 Nader J.L. Smeehuijzen, *WPNR* 2013/6988.

68 Zie art. 3:310 (schadevergoeding), 3:311 BW (ontbinding, herstel tekortkoming); vgl. voor dwaling art. 3:52 lid 1 sub c BW (drie jaar na ontdekking).

bedoeld om op dit terrein versneld rechtszekerheid te brengen. De slotsom dat via een opgerekte klachttermijn de verjaring zelfs later kan intreden dan normaal, is systematisch slecht inpasbaar. Hier wreekt zich, dat de wetgever twee verschillende kwesties (enerzijds dat de schuldeiser behoort te klagen, anderzijds dat diens vordering aan verjaring onderhevig is) in één kanaal heeft geduwd door de verjaringstermijn bij de klacht van start te laten gaan. Wanneer het klagen regulier plaatsvindt loopt dat systeem naar wens, maar als een klacht uitblijft en de termijn voor onbepaalde tijd blijft voortgaan, kunnen juridisch dubbelhartige situaties ontstaan. In de meeste andere juridische stelsels, waaronder het DCFR,⁶⁹ treft men een dergelijke verstrengeling terecht niet aan.

10. Achtste weg; stelplicht en bewijslast

Als volgende mogelijkheid om scherpe kanten van het klachtplichtregime af te slijpen kan men denken aan een bijsturing, in het nadeel van de schuldenaar, van de stelplicht en bewijslast.

Over stelplicht en bewijslast bij de klachtplicht is nogal wat te doen. De Hoge Raad heeft zich er meermalen over uitgelaten. In het arrest *Ploum/Smeets I* overweegt het college, dat koopster Smeets moest stellen en zo nodig bewijzen ‘dat en op welke wijze zij tijdig en op voor Ploum kenbare wijze heeft geklaagd over de onderhavige tekortkoming’.⁷⁰ Annotator Snijders is tot het omgekeerde uitgangspunt geneigd en schat – althans hoopt – dat de Hoge Raad hier een vergissing maakt.⁷¹ In *Kramer/Van Lanschot* zet de Raad de ingezette koers voort, zij het met enige preciseringen.⁷² Het voorlopige sluitstuk levert het arrest *FAR/Edco II*,⁷³ waarin de Raad – aanknopend bij de rechtsverwerkingsleer – overweegt dat de stelplicht en bewijslast inzake de feiten die een beroep op art. 6:89 of art. 7:23 BW kunnen dragen, in beginsel rusten op de schuldenaar (verkoper), aangezien het om een bevrijdend verweer gaat. Daaraan voegt het college als bijzondere regel toe dat, indien de schuldenaar een klachtplichtverweer voert, het op de weg van de schuldeiser (koper) ligt om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk tijdstip hij heeft geklaagd.

Op het eerste gezicht lijken zodoende de stelplicht en bewijslast te zijn opgeschoven van de schuldeiser naar de schuldenaar; een dergelijke ontwikkeling zou

69 In het DCFR bedraagt de algemene verjaringstermijn drie jaren; deze termijn begint te lopen zodra de schuldenaar moet nakomen (art. III.-7:203 DCFR).

70 HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.4.

71 H.J. Snijders, noot onder HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), in NJ 2008/553, par. 3 sub d, met verwijzing naar W.L. Valk, ‘Klachtplicht en bewijslast’, *NTBR* 2008, p. 94-97.

72 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*), r.o. 3.6.

73 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, RvdW 2015/66 (*FAR/Edco II*), r.o. 5.6.3.

met de klachtplichtbeheersing in verband kunnen staan. Van een ware verschuiving is echter geen sprake. Veeleer past de constatering dat *Ploum/Smeets I* onzuiver was geformuleerd,⁷⁴ en dat de twee vervolguitspraken in het teken van opheldering en uitwerking staan. Het verschil tussen *Ploum/Smeets I* en *FAR/Edco II* is er per saldo één van blikveld: in het laatste arrest brengt de Hoge Raad – door de schrijvers uitgedaagd – de materie in algemene zin in kaart, terwijl het eerste arrest een casuïstische overweging bevat op een punt dat ‘toevallig’ op het voor de schuldeiser resterende veld was gelegen.

Voor de in dit opstel besproken vraag betekent dit, dat men niet kan zeggen dat de rechtspraak zich heeft beijverd om bij de verdeling van stelplicht en bewijslast een schuldeiservriendelijke koers te (gaan) varen. Dat is, naar ik meen, maar goed ook. De wenselijke aanlijning van de – materieelrechtelijke – klachtplicht kan beter aan de hand van materieelrechtelijke instrumenten en gedachten worden nagestreefd.

II. Negende weg; derogerende redelijkheid en billijkheid

Last but not least verdient (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid vermelding (art. 6:248 lid 2 BW). De bijbehorende gedachtegang vangt aan bij de constatering dat de schuldeiser *niet* binnen bekwame tijd zijn klacht heeft uitgebracht. Zij voegt daaraan toe dat het, gezien de omstandigheden van het geval, onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich op de termijnoverschrijding en/of het daaraan verbonden rechtsverval beroept. De derogatie vindt hier dus niet plaats aan de kant van de schuldeiser (waarop de klachtplicht zelf is terug te voeren),⁷⁵ maar aan die van de schuldenaar.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt deze benaderingswijze vooralsnog niet gevolgd. Toch is zij aanlokkelijk. Zij blijft dichter bij tekst en strekking van de klachtplichtbepalingen, doordat zij een meer normale invulling van het criterium ‘bekwame tijd’ mogelijk maakt. Daarbij biedt zij onverminderd ruimte aan (de weging van) alle omstandigheden van het geval, waaronder de aanwezigheid van nadeel. De uit art. 6:248 lid 2 BW voortvloeiende eis dat het beroep op de termijnoverschrijding ‘onaanvaardbaar’ moet zijn, noopt tot een zekere terughoudendheid,⁷⁶ maar in het licht van het feit dat de klachtplicht nu eenmaal

74 F.B. Bakels, vice-president van de Hoge Raad, noemt de besproken passage van *Ploum/Smits I* ‘inderdaad enigszins apodictisch’, en erkent dat de woorden ‘tijdig en’ er niet hadden moeten staan: ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, AA 2015, p. 934-936. Snijders (t.a.p.), een vergissing vermoedend, heeft in zoverre dus het gelijk aan zijn zijde.

75 De klachtplichtregels zijn een uitkristallisatie van de rechtsverwerking, de rechtsverwerking vormt een uitwerking van de derogerende redelijkheid en billijkheid (par. 5).

76 Zie o.a. HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, NJ 2000/471 (*Vervoersbond FNV/Frans Maas*), r.o. 3.4.

bestaat, is die insteek niet misplaatst. Bovendien opent deze weg, die 'na' en daarmee buiten art. 6:89 en 7:23 BW is gesitueerd, de mogelijkheid om ook lichtere sancties dan algeheel rechtsverval te hanteren.⁷⁷

12. Evaluatie

Wanneer wij de resultaten samenbrengen, ontstaat het volgende beeld. Van de eerste weg (aanpalende situaties) en de zesde weg (aanvang klachttermijn) maakt de Hoge Raad een 'gewoon' gebruik.⁷⁸ De wegen twee (aanpalende grondslagen), drie (sanctionering), vijf (uitzonderingen), acht (stelplicht en bewijslast) en negen (derogerende redelijkheid en billijkheid) worden door de Raad niet noemenswaard begaan.⁷⁹ Ook de vierde weg (nadere vereisten) blijft onbenut, met dien verstande dat wij daarvan wel een echo aantreffen: nadeel bij de schuldenaar is een centrale wegingsfactor.⁸⁰ Dat nadeelaspect bepaalt in belangrijke mate of de klacht nog binnen bekwame tijd is gedaan; de zevende route (lengte klachttermijn) heeft zodoende de status van hoofdweg.⁸¹

In dit totaalbeeld valt tweërlei op. Het eerste is, dat de Hoge Raad, door de aan de schuldeiser gegunde termijn soepel op te vatten en sterk afhankelijk te maken van de omstandigheden van het geval, de klachtplichtartikelen toepast op een wijze die de grenzen van het interpretatief haalbare opzoekt. De potentiële slotsom dat een bijvoorbeeld na drie jaar geuite klacht nog 'binnen bekwame tijd' kan blijken te zijn, zou de destijds dienstdoende wetgever waarschijnlijk hogelijk hebben verrast. Het tweede is, dat de Raad ten aanzien van punten waarop hij een serieuze keuzeruimte lijkt te hebben, die ruimte herhaaldelijk onbenut laat en zodoende de klachtplicht een breed veld toebedeelt. Men denke aan de uitwaaiering over aanpalende grondslagen, en over het niet veralgemeniseren van de in art. 7:23 lid 1 BW neergelegde uitzonderingen.⁸²

Deze combinatie van respectievelijk voorzichtigheid en 'onvoorzichtigheid' heeft iets tegenstrijdigs. Men kan betogen dat de brede inzet weinig kwaad kan, omdat het klachtplichtregime, gekenmerkt als het wordt door de elastische termijnopvatting, in wezen van zijn guillotinenaatuur is ontdaan. Die benadering is mij echter te pragmatisch. Dat een verscherpte dijkbewaking niet (meer) noodzakelijk is, wil niet zeggen dat het geen zin (meer) heeft zich om een regulier onderhoud van de betrokken wetsartikelen te bekommeren. Het tegengaan van uitwaaiering en het ontwikkelen van enkele uitzonderingen houd ik voor nastrevenswaard, evenals een meer taalgetrouwe opvatting van de term 'binnen bekwame tijd', waarin vanaf een

⁷⁷ Zie par. 5.

⁷⁸ Zie resp. par. 3 en 8.

⁷⁹ Zie resp. par. 4, 5, 7, 10 en 11.

⁸⁰ Zie par. 6.

⁸¹ Zie par. 9.

⁸² Zie resp. par. 4 en 7.

bepaalde grens de afweging wordt overgeheveld naar (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid.⁸³

Besluit

Aan het einde van deze verhandeling gekomen, keer ik terug naar Henk Snijders, tot voor kort mijn *collega proximus*. Ik zeg hem van harte dank voor (nagenoeg) een kwart eeuw uitstekende, en plezierige, samenwerking. Graag wens ik Henk, met zijn Marijke, een prachtig emeritaat.

⁸³ Zie par. 4, 7, 9 en 11.

Meneer de voorzitter!

Wat mag u in uw eentje doen en wat niet wanneer u NAI-arbiter bent?

Fredy von Hombracht-Brinkman¹

I. Inleiding

Henk Sniijders is voorzitter van de Raad van Advies en Toezicht van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), Hoofdredacteur van het *Tijdschrift voor Arbitrage* (TvA) en regelmatig voorzitter van een arbitraal college. Daarnaast is hij vast vaker voorzitter van een ander gremium, maar dat ligt buiten mijn gezichtsveld. Als Henk voorzitter is zit hij ook echt voor, goed voorbereid, de touwtjes in handen, eenieder de gelegenheid gevend om standpunten naar voren te brengen en aan het eind wordt een conclusie verwoord, een oplossing aangedragen of een voorstel gedaan. Hierover en over de bijdrage voor deze bundel nadenkende viel me de term ‘voorzitter’ op. Wat is dat eigenlijk voor fenomeen? Een primus inter pares? Een leider? Welke eigenschappen zou een voorzitter moeten hebben? Over welke deskundigheden zou hij moeten beschikken?² Zijn deze afhankelijk van de omgeving waarin hij de rol van voorzitter vervult? Wat zou hij wel en wat zou hij niet alleen mogen doen? Het voert te ver om bovenstaande vragen allemaal uit te diepen in het aantal woorden dat ons is gegund. Dit hoofdstuk is dan ook gewijd aan enkele aspecten van het voorzitterschap van een scheidsgerecht dat fungeert onder het NAI-arbitragereglement dat in werking is getreden op 1 januari 2015.

2. Hoe wordt een arbiter voorzitter van een NAI-scheidsgerecht?

Sedert het begin van 2015 kent het NAI een nieuwe standaard benoemingsregeling. Wanneer een arbiter moet worden benoemd, benoemen partijen deze gezamenlijk. Lukt dat partijen niet, dan volgt de lijstprocedure. Levert de lijstprocedure niets op, dan benoemt de NAI-administrateur rechtstreeks. Hierover hieronder meer. De enig arbiter is zijn eigen voorzitter. Dat is gemakkelijk. De benoeming van drie

¹ Mr. F.D. von Hombracht-Brinkman is directeur en administrateur van het Nederlands Arbitrage Instituut.

² In deze bijdrage wordt gemakshalve louter de mannelijke vorm gebruikt. Dat neemt niet weg dat er steeds meer vrouwelijke arbiters zijn, al is hun aantal in Nederland nog schrikbarend laag. In 2015 was het percentage vrouwelijke voorzitters van een uit drie leden bestaand tribunaal ruim 20%. Bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw is het percentage vrouwen dat deel uitmaakt van het College van Arbiters slechts iets meer dan 10%.

arbiters gaat in grote lijnen hetzelfde, maar heeft toch wel wat meer haken en ogen. Iedere partij benoemt haar arbiter binnen een bepaalde door de administrateur gegeven of door partijen afgesproken termijn. Slaagt een partij daar niet in, dan volgt voor die partij de lijstprocedure. Als beide partijen er niet in slagen een arbiter te benoemen krijgen beide partijen een, geheel verschillende, lijst met namen van minimaal drie arbiters. Bij een lijstprocedure, zoals bedoeld in art. 14 NAI-arbitragereglement, mogen partijen de namen van de personen doorhalen tegen wie zij overwegende bezwaren hebben (of van wie ze weten dat deze niet vrijstaan). Ze nummeren de overblijvende namen in volgorde van voorkeur en zenden de lijst terug aan het NAI. Op basis van de terugontvangen lijsten nodigt het NAI arbiters uit. Mocht op basis van de terugontvangen lijst niet kunnen worden benoemd, dan benoemt de NAI-administrateur rechtstreeks, zonder ruggespraak met partijen. In al deze gevallen bevestigt de NAI-administrateur de benoeming van twee van de drie arbiters. Die twee arbiters komen er dus altijd, vroeger of later. Maar dan: de voorzitter. Art. 13(3) NAI-arbitragereglement bepaalt dat de beide benoemde arbiters samen de voorzitter van het scheidsrecht benoemen, rekening houdend met de wensen van partijen ten aanzien van de nationaliteit van de voorzitter. Zij kunnen aan de benoemende twee arbiters vragen om benoeming van een voorzitter die niet de nationaliteit heeft van partijen (art. 13(4)). Meer staat niet in het reglement. Maar dat wil niet zeggen dat partijen niet meer kunnen vragen. Bij arbitrageaanvraag en kort antwoord kunnen zij aangeven over welke deskundigheden en kwaliteiten de arbiters zouden moeten beschikken en dat geldt ook voor de voorzitter. De twee benoemde arbiters benoemen de voorzitter binnen veertien dagen nadat zij het verzoek daartoe hebben ontvangen van de NAI-administrateur. Soms raadplegen de twee arbiters het NAI, soms niet. Als de twee arbiters niet tijdig benoemen vindt de benoeming van de voorzitter plaats via de lijstprocedure. Die lijst, een en dezelfde, gaat naar partijen, niet naar de twee reeds benoemde arbiters. Als op basis van de lijst niet kan worden benoemd, benoemt de NAI-administrateur rechtstreeks. Partijen kunnen ook nader overeenkomen dat alle arbiters worden benoemd via de lijstprocedure. Dat komt regelmatig voor. In dat geval stelt het NAI een lijst op met minimaal negen namen van arbiters die geschikt zijn bevonden, door het NAI, aan de hand van door partijen verstrekte gegevens, om in het specifieke geval als arbiter op te treden. Op de lijst moeten drie namen staan van kandidaat-voorzitters. De NAI-administrateur bepaalt wie die kandidaat-voorzitters zijn. En ja, waar kijk je dan naar? Een zeer ervaren arbiter, jurist, indien aan de orde beschikkende over een uitstekende talenkennis, communicatief vaardig, een overlegger en knopendoorhakker en iemand die goede, volledige en duidelijke vonnissen kan opstellen. Waarbij ik niet wil zeggen dat de voorzitter in alle gevallen het vonnis moet concipiëren, maar het komt er wel regelmatig op neer. En omdat het NAI de vonnissen naleest op vormfouten is een goed en duidelijk geredigeerd vonnis voor het NAI wel zo efficiënt. Daarenboven geldt dat arbiters het vonnis voor partijen schrijven. Sluitstuk wordt gevormd door de rechtstreekse benoeming. In dat geval benoemt de NAI-administrateur ook de voorzitter rechtstreeks. Partijen kunnen, behalve door onmiddellijk gebruik te maken van de lijstprocedure, ook op een andere wijze afwijken van de standaard

benoemingsregeling. Dat doen zij onder andere door overeen te komen dat alle drie arbiters, dus ook de voorzitter, door partijen samen worden benoemd, ofwel zij komen overeen dat iedere partij een arbiter benoemt en dat partijen samen de voorzitter benoemen. Op de benoeming van de voorzitter hebben de twee door partijen benoemde arbiters een beperkte invloed. De partijen behoeven de twee door hen benoemde arbiters ook niet te raadplegen. Evenmin hebben overigens onder de lijstprocedure de co-arbiters invloed op de benoeming van de voorzitter. Arbiters weten niet welke namen op de lijst worden geplaatst die aan de partijen wordt toegezonden. Het is afwachten wie het wordt. In het kader van de lijstprocedure kiezen partijen en het NAI, niet de co-arbiters.

3. Waar noemen de Arbitragewet en het NAI-arbitragereglement de voorzitter?

In twee gevallen wordt de voorzitter zowel in de wet als in het reglement genoemd. Het gaat om art. 1026(3) Rv en art. 12(3) NAI-arbitragereglement: bij een even aantal arbiters benoemt de voorzieningenrechter respectievelijk benoemen de reeds benoemde arbiters de voorzitter. In het kader van deze bijdrage wordt aan deze bepalingen verder geen aandacht besteed. Belangrijker zijn voor nu art. 1057(1) Rv en art. 21(9) NAI-arbitragereglement: de voorzitter mag procedurele zaken van ondergeschikt belang alleen beslissen. Daarnaast bepaalt art. 1039(2) Rv dat het scheidsgerecht bevoegd is een van zijn leden aan te wijzen om getuigen of deskundigen te horen dan wel om een plaatsopneming of een bezichtiging te houden, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Het NAI-arbitragereglement kent in art. 26(2) een soortgelijke regeling, maar verwoordt het net wat anders en het gaat alleen om de voorzitter. Art. 31 NAI-arbitragereglement leert dat het scheidsgerecht een persoonlijke verschijning van partijen kan gelasten en dat de voorzitter de zitting kan houden. Dit artikel is gebaseerd op art. 1043 Rv dat bepaalt dat het scheidsgerecht de persoonlijke verschijning kan gelasten, maar het rept niet van een voorzitter of een van de leden van het scheidsgerecht. Ten slotte wordt in art. 1037(3) Rv vermeld dat een scheidsgerecht een van zijn leden kan aanwijzen om zitting te houden, terwijl in het NAI-arbitragereglement niets is te vinden over houden van een zitting ten overstaan van de voorzitter, laat staan ten overstaan van een van de leden van het scheidsgerecht. Hieronder wordt hetgeen ik hiervoor kort heb aangestipt verder uitgewerkt.

Art. 1039(2) Rv bepaalt dat het scheidsgerecht een van zijn leden kan aanwijzen om getuigen en deskundigen te horen dan wel om een plaatsopneming of een bezichtiging te houden. Alle arbiters moeten het er dus mee eens zijn dat een van de leden dit doet. Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen: partijen kunnen dus samen beslissen dat alle arbiters bij de getuigenverhoren etc. aanwezig moeten zijn en ook dat het helemaal anders moet, zoals bijvoorbeeld aangegeven in het NAI-arbitragereglement. Bij het NAI kunnen de medearbiters de voorzitter aanwijzen. Zij moeten wel, alvorens daartoe te beslissen, de partijen horen. Ook in dit geval kunnen partijen weer anders overeenkomen. Waarom alleen de voorzitter? In

het NAI-arbitragereglement van 2010 kwam, evenals in de huidige wet, de bevoegdheid toe aan een van de leden en werd de voorzitter niet genoemd. De beperking tot de aanwijzing van de voorzitter is een gevolg van de wijziging van de standaard benoemingsregeling. Partijen benoemen zelf ieder een arbiter, de beide benoemde arbiters in principe de voorzitter. Alhoewel iedere arbiter, ook door partijen benoemde arbiters, geheel onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn, is het niet onmogelijk dat een dergelijke benoemingsregeling leidt tot de benoeming van arbiters die wellicht niet helemaal begrijpen wat er met onpartijdigheid en onafhankelijkheid wordt bedoeld. Om problemen te voorkomen is derhalve besloten om slechts de voorzitter alleen getuigen en deskundigen te laten horen en een plaatsopneming of bezichtiging te laten houden. Partijen kunnen overigens van deze reglementaire regeling afwijken en nader overeenkomen dat het een van de leden zou moeten of mogen zijn of het gehele scheidsgerecht. En partijen weten wat arbiters van plan zijn, want het scheidsgerecht moet hen voordat ze de voorzitter überhaupt aanwijzen, partijen horen over hun voornemen. In de procesordes, uitgevaardigd onder het NAI-arbitragereglement 2015, wordt wel verwezen naar de mogelijkheid dat de voorzitter getuigen hoort, maar in de praktijk is dit nog niet voorgekomen. Ook onder het reglement van 2010 kwam het horen van getuigen door alleen een arbiter commissaris sporadisch voor. Arbiters zien het horen van getuigen toch als typisch iets om samen te doen: een kwestie van collegiale verantwoordelijkheid. En als de voorzitter al alleen hoort, dan moet hij daarvan een verslag opmaken en aan zijn medearbiters en partijen toezenden. Kortom, het NAI-arbitragereglement is al met al voorzichtiger dan de wet. De NAI-praktijk lijkt nog voorzichtiger te zijn dan het reglement mogelijk maakt, maar daarover is nog niet al te veel te zeggen, nu het reglement op 1 januari 2015 in werking is getreden en de meeste bodemzaken aangevraagd in dat jaar nog lopen. Art. 1043 Rv bepaalt dat het scheidsgerecht in elke stand van het geding de persoonlijke verschijning van de partijen kan bevelen voor het geven van inlichtingen dan wel om een vergelijk te beproeven. Er staat niet bij dat een van de leden dat alleen mag doen. Art. 31 NAI-arbitragereglement bepaalt iets dergelijks, maar voegt daaraan toe dat partijen op een zitting moeten verschijnen én dat het scheidsgerecht mag bepalen dat partijen alleen voor de voorzitter verschijnen. Ook hier moeten arbiters het met elkaar eens zijn dat de voorzitter alleen kan optreden en verder moeten arbiters vóór hun besluit daartoe partijen horen over het besluit. Partijen kunnen ook in dit geval overeenkomen dat het voltallige scheidsgerecht de partijen ter zitting moet horen. Voor de reden waarom het NAI heeft gekozen voor de voorzitter wordt verwezen naar hetgeen hiervoor is vermeld ten aanzien van de nieuwe standaard benoemingsregeling. Hier dus weer een mogelijke taak voor de voorzitter alleen. Ik heb nog niet in procesordes gezien dat op deze mogelijkheid wordt gewezen. Er wordt sowieso weinig gebruikgemaakt van de mogelijkheid om tijdens een aparte zitting de partijen te horen om te bekijken of een vergelijk tot de mogelijkheden behoort. Veel vaker wordt tijdens de gewone mondelinge behandeling gepoogd partijen tot elkaar te brengen. Het ene scheidsgerecht is hier wat actiever in dan het andere. Of dus van art. 31 NAI-arbitragereglement regelmatig gebruikgemaakt gaat worden is de vraag. Daar zij aan toegevoegd dat ik me zou

kunnen voorstellen dat arbiters wat huiverig zijn om de voorzitter af te vaardigen. Het beproeven van een vergelijk is veel minder vastomlijnd dan het horen van getuigen of deskundigen. In al datgene wat de voorzitter doet en hoort is hij alleen. Als partijen inderdaad tot een vergelijk komen is dat geen probleem, maar als partijen niet tot een vergelijk komen heeft de voorzitter meer kennis opgedaan bij en informatie ontvangen van de partijen dan zijn medearbiters en nergens staat in het reglement dat hij bij een mislukte poging een verslag opmaakt van hetgeen is verhandeld tijdens de zitting.

Art. 1057(1) Rv bepaalt vervolgens in de tweede zin dat als het scheidsgerecht uit meer arbiters bestaat procedurele zaken van ondergeschikt belang door de voorzitter kunnen worden beslist indien daartoe door de medearbiters de bevoegdheid is verleend, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Hier dus wél de voorzitter. De medearbiters moeten het hiermee eens zijn en partijen kunnen overeenkomen dat de voorzitter niet die bevoegdheid van zijn medearbiters mag krijgen. Ik denk dat partijen op basis van dit artikel ook kunnen overeenkomen dat een van de leden de bevoegdheid mag krijgen om op procedurele zaken van ondergeschikt belang te beslissen. Maar dat dat gebeurt lijkt me niet waarschijnlijk. Art. 21(9) NAI-arbitragereglement is veel korter. Bij een scheidsgerecht bestaande uit meerdere arbiters kunnen procedurele zaken van onderschikt belang door de voorzitter worden beslist. Punt. Er staat niet dat medearbiters toestemming moeten geven. Er staat niet dat partijen anders kunnen overeenkomen. Maar ook al staat het er niet, natuurlijk kunnen partijen overeenkomen, bijvoorbeeld in de arbitrageovereenkomst, dat de voorzitter niet de bevoegdheid krijgt om procedurele zaken van ondergeschikt belang alleen af te doen. Ik zie dat evenwel niet snel gebeuren. Waarom zouden ze? Partijen kunnen ook overeenkomen dat de medearbiters de bevoegdheid moeten verlenen aan de voorzitter om alleen te werk te gaan. Maar de medearbiters zelf kunnen, als ik het goed zie, niet afdwingen dat zij het recht hebben om de bevoegdheid waarover hier wordt gesproken al dan niet aan de voorzitter toe te kennen. Die bevoegdheid kan de voorzitter zich toe-eigenen en alleen de partijen kunnen gezamenlijk daar een stokje voor steken. Dan de hamvraag: wat zijn procedurele zaak van ondergeschikt belang? Een concreet en eenduidig antwoord is moeilijk te geven.³ Wat zegt de praktijk hier dan over? Zaken als het al dan niet verlenen van een langer uitstel, het al dan niet toestaan van een extra schriftelijke ronde, het toestaan of weigeren van een extra productie, het horen van een extra getuige worden geen van alle gezien als een zaak van ondergeschikt belang. Wel wordt als een zaak van ondergeschikt belang gezien het verlenen van bijvoorbeeld een dag uitstel, of het verlenen van uitstel wanneer alle partijen reeds hebben aangegeven met het gevraagde uitstel in te stemmen. Ook zouden allerlei logistieke kwesties, zoals het maken van video-opnamen of de indeling van een zittingsruimte, hieronder vallen. Arbiters stemmen eigenlijk heel graag alle beslissingen die door het scheidsgerecht moeten worden genomen met elkaar af in verband met de collegiale verantwoordelijkheid. Gezien de verwor-

³ Volgens de MvT modernisering van het arbitragerecht, 16 april 2013, p. 38, onderdeel SS, dient in ieder geval deze bepaling beperkt te worden uitgelegd.

venheden van onze tijd zoals e-mail en mobiele telefoons is het ook niet zo moeilijk om even een berichtje te sturen. Alleen wanneer medearbiters niet snel kunnen worden bereikt, worden beslissingen zoals het verlenen van een dag uitstel voor het indienen van een memorie gegeven zonder fiat van alle medearbiters. Belangrijk punt voor arbiters is ook dat de beslissing die ze alleen moeten nemen geen onevenredig nadeel aan de zaak toebrengt. In dat kader is aangegeven dat het niet verlenen van een dag uitstel niet in gezamenlijk overleg tussen alle arbiters moet worden genomen. Arbiters vinden het niet verlenen van een dag uitstel geen beslissing van ondergeschikt belang. In procesordes uitgevaardigd onder het NAI-arbitragereglement 2015 wordt tot op heden geen aandacht geschonken aan art. 21 (9). Ook ben ik nog niet tegengekomen dat de medearbiters zelf de voorzitter publiekelijk terugfluiten, wel dat de hulp van de NAI-administrateur is ingeroepen om de voorzitter beter met zijn medearbiters te laten communiceren en ervoor te zorgen dat bepaalde, nou niet echt van ondergeschikt belang zijnde, zaken in gezamenlijk overleg tussen arbiters worden besloten. Of het NAI-secretariaat en partijen zien wat de voorzitter alleen doet en waarover vooraf is overlegd met de medearbiters is overigens de vraag. Het zal niet zo zijn dat een voorzitter in alle gevallen expliciet meldt dat overleg met zijn medearbiters heeft plaatsgevonden. Daar gaan we, nu collegialiteit de hoofdregel is, met z'n allen gewoon van uit. Partijen hebben recht op een mondelinge behandeling van hun zaak. Alleen als alle partijen daarvan afzien behoeven arbiters partijen niet in de gelegenheid te stellen hun zaak op een zitting toe te lichten (art. 1038b Rv).⁴ Art. 1037(3) Rv bepaalt dat een van de leden van het scheidsgerecht die mondelinge behandeling alleen mag doen. De mondelinge behandeling is mijns inziens het meest cruciale moment van de hele arbitrage, hét moment waarop de arbiters moeten zien zoveel mogelijk nog ontbrekende en aanvullende informatie te vergaren zodat ze met een gerust geweten uitspraak kunnen doen. Waarom dan de mogelijkheid openen dat een van de leden van het scheidsgerecht partijen kan horen buiten aanwezigheid van de anderen. Partijen kunnen overeenkomen dat alle arbiters aanwezig moeten zijn, maar onwetende partijen zijn van deze mogelijkheid niet op de hoogte. Partijen moeten hun verhaal kunnen vertellen, maar dat mag in aanwezigheid van slechts een arbiter: naar mijn mening een scheve verhouding. Gelukkig staat in art. 25 NAI-arbitragereglement nergens dat de voorzitter tijdens de mondelinge behandeling alleen mag optreden. De zitting vindt plaats ten overstaan van het volledige scheidsgerecht en zo moet het naar mijn mening ook zijn.

4. Andere taken

In een NAI-arbitrage heeft de voorzitter van een scheidsgerecht arbitrage nog een praktische andere taak, namelijk het, na raadpleging van zijn medearbiters, overleggen over het depot voor het honorarium en de onkosten van arbiters met het

⁴ Partijen kunnen arbiters vragen alleen recht op stukken te doen. Maar als arbiters partijen willen horen, zijn partijen verplicht om te verschijnen.

NAI-secretariaat conform art. 55 lid 3. In de praktijk gaat het vaak anders. Soms is het de voorzitter, maar regelmatig is het een van de medearbiters die met het NAI overlegt, veelal een medearbiter die degenen die het secretariaat bemensen kent en wel even zal bellen. De voorzitter delegeert zijn in het reglement beschreven taak en daar is niets tegen, temeer daar de voorzitter ook niet de penvoerder behoeft te zijn en dat vaak ook niet is.

5. Een korte blik op de wereld buiten Nederland

Het LCIA-arbitragereglement 2014 bepaalt in art. 14(6) dat met voorafgaande toestemming van alle partijen en de medearbiters de voorzitter alle procedurele orders mag uitvaardigen. De procedurele beslissingen worden niet beperkt tot die van ondergeschikt belang. Nergens is evenwel bepaald dat een voorzitter getuigen of deskundigen alleen mag horen, een plaatsopneming of een bezichtiging alleen te houden, laat staan partijen tijdens een zitting alleen te horen. Aan de ene kant dus meer bevoegdheden op procedureel gebied, anderzijds een voltallig arbitraal tribunaal daar waar onder het NAI-arbitragereglement de voorzitter meer alleen mag doen. In art. 35(2) SCC-arbitragereglement 2010 wordt bepaald dat de voorzitter alleen procedurele beslissingen mag nemen, mits hij daarvoor toestemming heeft gekregen van zijn medearbiters. Partijen zelf behoeven hiermee niet in te stemmen. Van het alleen horen van getuigen en deskundigen, het alleen houden van een plaatsopneming of een bezichtiging en het alleen horen van partijen tijdens een mondelinge behandeling wordt niet gerept. Dus ook hier lijkt een voorzitter veel minder alleen te mogen doen dan onder het NAI-arbitragereglement. Ten slotte het ICC-arbitragereglement. Daarover kunnen we kort zijn: de voorzitter heeft geen enkele van de bevoegdheden die de voorzitter heeft onder het NAI-arbitragereglement. Gezien het voorgaande mag wel gesteld worden dat het NAI-arbitragereglement op basis van de Nederlandse Arbitragewet de voorzitter van een scheidsgerecht heel wat meer mogelijkheden geeft om alleen op te treden dan de hiervoor genoemde reglementen.

6. Conclusie

Wat is de voorzichtige conclusie van het bovenstaande na een jaar werken met het NAI-arbitragereglement van 2015? Het NAI heeft de voorzitter naar voren geschoven om, om praktische redenen, alleen handelend te kunnen optreden. Dat is, gezien de standaard benoemingsregeling, niet tevens een van zijn medearbiters geworden. Maar de voorzitter maakt van zijn bevoegdheden tot op heden een heel beperkt gebruik. Algemeen wordt aangenomen dat de door arbiters met recht gevoelde collegiale verantwoordelijkheid daaraan ten grondslag ligt. Anderzijds, zou het niet goed zijn dat de voorzitter zich actief opstelt en ook daadwerkelijk van de aan hem gegeven bevoegdheden gebruikmaakt? In de eerste plaats vanwege de overvolle agenda's. Een bekend fenomeen is dat goede, deskundige en ervaren

mensen veelvuldig worden uitgenodigd om een benoeming als arbiter te aanvaarden. Dat zijn dan ook meteen de mensen met een vrij volle agenda. De veel geroemde snelheid van arbitrage kan wellicht beter worden waargemaakt wanneer in bepaalde nauwkeurig omschreven gevallen alleen met de agenda van de voorzitter rekening gehouden moet worden. De veel genoemde kwaal waaraan arbitrage zou lijden zijn de kosten. Deze kunnen worden beperkt door alleen de voorzitter getuigen en deskundigen te laten horen of om een plaatsopneming of een bezichtiging te laten houden.⁵ Zou het niet zo moeten zijn dat ieder NAI-scheidsgerecht na de bevestiging van de benoeming met partijen overlegt wat met betrekking tot het bovenstaande exact van de voorzitter wordt verwacht? En wanneer partijen daaraan de voorkeur geven om daadwerkelijk alleen de voorzitter in te schakelen? Dus niet afwachten hoe een arbitrage zich ontrolt maar meteen een actieve houding aannemen? Ik ben daarvan een voorstander en Henk Snijders zou zo'n voorzitter kunnen zijn!

5 De voorzitter ontvangt bij het NAI geen hoger uurtarief dan zijn medearbiters. Wanneer hij meer uren aan een zaak besteedt ontvangt hij een hoger honorarium, nu het honorarium door de NAI-administrateur wordt vastgesteld op het bestede aantal uren vermenigvuldigd met het overeengekomen uurtarief.

Een kwart eeuw feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

Elselique Hoogervorst en Pauline Memelink¹

I. Inleiding

Rechtsvinding, cassatietechniek en burgerlijk procesrecht mogen zich sinds lang verheugen in de warme belangstelling van Henk Snijders. Vandaar deze bijdrage over feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels, een onderwerp dat zich bevindt op het snijvlak van deze drie onderwerpen.

‘Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels behoeven niet bewezen te worden (art. 149 lid 2). De rechter mag deze ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag leggen. Het betreft hier een uitzondering op het verbod van aanvullen van feitelijke gronden ex art. 24 en art. 149.’²

Zo vat Henk Snijders kernachtig samen hoe het zit. Hij plaatst de gehele problematiek in de sleutel van de stelplicht en bewijslast en dat is verhelderend. Over het onderwerp valt echter meer te zeggen, zeker in het moderne digitale tijdperk, dat eveneens sinds lang zijn belangstelling heeft.³

Twintig jaar geleden schreef Bloembergen ‘Iets over ervaringsregels in cassatie’.⁴ Dit – in de woorden van Bloembergen – ‘mini-artikeltje’ over zijn ‘theorietje’, wordt nog steeds geciteerd als het gaat om de toepassing van ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid in cassatie. Bloembergen behandelt daarin de vraag of in cassatie voor het eerst een beroep op een ervaringsregel kan worden gedaan. Hij beantwoordt deze vraag met een voorzichtig ja, welke opvatting inmiddels is bevestigd door de Hoge Raad.⁵ Daarnaast werpt Bloembergen kort de vraag op hoe een beroep op een ervaringsregel in de cassatieklacht verpakt moet worden.

¹ Mr. drs. E.M. Hoogervorst is Professional Support Lawyer bij Houthoff Buruma & mr. P. Memelink is Kennismanager en Hoofd Legal Support bij Houthoff Buruma.

² H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventers: Kluwer 2011, nr. 206.

³ Zo herinneren wij ons artikelen van zijn hand als ‘Het bereiken van een geadresseerde (per e-mail)’, *WPNR* 2001/6444 en 6445 en ‘Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen’, *WPNR* 2010/6863 en 6864.

⁴ A.R. Bloembergen, ‘Iets over ervaringsregels in cassatie’, *TCR* 1996, p. 78 en 79.

⁵ HR 4 september 1998, *NJ* 1998/828 (*Waarbroek/H.*), r.o. 3.6.

Is een motiveringsklacht hiertoe de aangewezen weg of kan een beroep op een ervaringsregel ook via een rechtsklacht aan de Hoge Raad worden voorgelegd? Het leek ons – als gewezen promovendi van Henk Snijders – aardig om twintig jaar na dato eens nader op deze vragen van zijn promotor in te gaan. We pretenderen niet uitputtend te zijn, maar maken enige opmerkingen over feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels (2), notoire bekendheid in de moderne wereld (3), enkele procesrechtelijke aspecten (4), en de omgang van Hoge Raad en cassatiebalie met deze begrippen (5). We hebben daarbij met name jurisprudentie tot uitgangspunt genomen die de afgelopen 25 jaar in de *NJ* is verschenen.

2. Iets meer over feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid en het onderscheid daartussen

Feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid onderscheiden zich van ‘gewone’ feiten en omstandigheden doordat zij door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag kunnen worden gelegd zonder bewijs te behoeven.

Door de wetgever worden algemeen bekende feiten omschreven als: ‘notoire feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen’.⁶ Henk Snijders noemt in dit verband als voorbeeld het feit dat Nederland aan de Noordzee ligt.⁷ Voorbeelden uit de rechtspraak zijn het algemeen bekende feit dat bij garages autosleutels uit de brievenbus gehengeld plegen te worden en de daarbij horende auto’s worden gestolen⁸ en dat een mes, geschikt om zachte puntbroodjes mee open te snijden, zo scherp kan zijn dat de gebruiker gevaar loopt zich daarmee te snijden.⁹

Bij ervaringsregels gaat het om regels die algemeen bekend zijn, maar zij vormen geen rechtsregels in de zin van art. 79 RO. Algemene ervaringsregels liggen op de grens van feit en recht. Zij worden wel omschreven als wetmatigheden op grond waarvan zich in het algemeen gesproken bepaalde feiten zullen voordoen.¹⁰

Voorbeelden uit de rechtspraak¹¹ van dergelijke ervaringsregels zijn de ervaringsregel dat de kans bestaat dat een per gewone post verzonden stuk te laat aankomt of

6 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 77 (MvT-OS). Zie ook *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 85 (MvA-EK), waarin een vergelijkbare omschrijving wordt gegeven.

7 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 206.

8 HR 12 maart 2004, *NJ* 2004/272 (*De Lage Landen/Kempenaar*).

9 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004/175 (*Laudy/Fair Play Centers*).

10 E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 166. Conclusie A-G Asser sub 2.3 voor HR 30 juni 1989, *NJ* 1989/805 (*Knook/Melchers*) en P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden) 2009, Den Haag: BJu 2009, p. 188-189. In *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 85 (MvA-EK) wordt gesproken van een ‘algemeen weten’.

11 Zie voor meer voorbeelden de bronnen in Memelink 2009, p. 189. voetnoot 19.

wegraakt¹² en dat wanneer een bepaald gewicht door meerdere personen wordt getild, het van de omstandigheden afhangt welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild.¹³ Vaak ook is bij ervaringsregels sprake van een zekere ‘causale samenhang’.¹⁴ Zo is algemeen bekend dat overmatig alcoholgedrag kan leiden tot gevaarlijk bravouregedrag en overmoed in het verkeer¹⁵ en wordt in onze jurisprudentie de ervaringsregel gehanteerd dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie leidt tot verminderde voorzichtigheid ter voorkoming van ongelukken.¹⁶

De grens tussen feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels is vloeiend en beide begrippen worden wel door elkaar heen gebruikt.¹⁷ Dit blijkt ook uit het gegeven dat ervaringsregels soms wel ‘ervaringsfeiten’ genoemd worden.¹⁸ In het oorspronkelijke ontwerp van art. 149 lid 2 Rv stonden slechts feiten of omstandigheden van algemene bekendheid genoemd. Dat de rechter op algemene ervaringsregels een beroep zou kunnen doen, werd aanvankelijk als zo vanzelfsprekend aangenomen dat dit niet in een wetbepaling zou behoeven te worden neergelegd.¹⁹ Voor de toepassing van art. 149 lid 2 Rv heeft het onderscheid tussen de twee in ieder geval niet of nauwelijks praktisch belang. Voor beide geldt echter dat sprake moet zijn van ‘notoire bekendheid’. Daarover valt het een en ander te zeggen.

¹² HR 4 september 1998, NJ 1998/828 (*Waarbroek/H.*).

¹³ HR 27 april 2007, NJ 2008/462, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2008/465 (*Kalai/Antoine Petit*).

¹⁴ W.H. van Boom, M.L. Tuil & I. van der Zalm, ‘Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?’, *NTBR* 2010/7, spreken in dit verband van ‘waarschijnlijkheden, kansen en risico’s die als feit worden gezien’ en over ‘wetmatigheden’. Ze zijn kritisch over de vraag of alle in de jurisprudentie aangenomen feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels deze kwalificatie werkelijk verdienen.

¹⁵ Het voorbeeld, bekend uit HR 28 september 1990, NJ 1992/619, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Delta Lloyd*), wordt aangehaald in Snijders/Klaassen/Meijer 2011, nr. 206 en door Memelink 2009, p. 189.

¹⁶ HR 19 oktober 2001, NJ 2001/663 (*PTT Post/Baas*). Deze ervaringsregel vormt uitgangspunt in vaste jurisprudentie, zie recentelijk bijv. HR 5 december 2014, NJ 2015/182, m.nt. T. Hartlief (*Pelowski/Vernooy en BTS*) en HR 7 december 2012, NJ 2013/11 (*Giraldo/Daltra*) hoewel de Hoge Raad daarin niet met zo veel woorden spreekt van een (algemene) ervaringsregel, zoals Hartlief opmerkt in zijn noot sub 19 onder HR 5 december 2014, NJ 2015/182.

¹⁷ Terecht merken Van Boom, Tuil & Van der Zalm op dat het onderscheid in de praktijk niet van groot belang is, *NTBR* 2010/7, par. 2. Zie bijv. ook HR 10 september 2010, NJ 2010/486 (*Stella Duce c.s./Theodoor Gilissen*) en HR 30 januari 2015, NJ 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staatsloterij/Loterijverlies*): ervaringsregel en feit van algemene bekendheid worden in één adem genoemd. Vgl. ook HR 22 februari 2002, NJ 2002/388 (*De Jonge/Grauss/The West of England c.s.*), waarin het hof sub 13 hetzelfde gegeven zowel feit van algemene bekendheid als, een zin verder, algemene ervaringsregel noemt.

¹⁸ Zie Memelink 2009, p. 188 en de aldaar genoemde bronnen.

¹⁹ *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 77, 78 (MvT-OS).

3. 'Notoire bekendheid' in de moderne wereld

Van een 'notoir' feit is in elk geval geen sprake indien uitgebreid onderzoek moet worden gedaan naar de vraag of dit feit juist is.²⁰

Uit de jurisprudentie blijkt dat de scheidslijn tussen 'gewone feiten' en feiten van algemene bekendheid niet altijd even scherp is. Zo is het oordeel dat de gemiddelde consument in de periode 2000-2007 niet verwachtte dat door Staatsloterij werd getrokken uit een groter 'universum' dan het aantal verkochte loten, geen feit van algemene bekendheid of algemene ervaringsregel, maar een feitelijke vaststelling van het hof omtrent de verwachtingen van de gemiddelde consument in die periode, aldus de Hoge Raad.²¹ Het onderscheid lijkt ons te vinden in het feit dat het hof heeft vastgesteld dat de *verwachting* van de consument was dat de trekking uit de verkochte loten zou plaatsvinden, niet dat – in die tijd – een feit van algemene bekendheid was dat de trekking op die wijze plaatsvond. Dat kan ook geen feit van algemene bekendheid zijn, want het is niet juist. Een feit van algemene bekendheid gaat altijd op, aldus Henk Snijders, zonder dat nader onderzoek nodig is naar de vraag of het feit juist is.²²

Wil art. 149 lid 2 Rv van toepassing zijn, dan is van belang dat de betreffende feiten of ervaringsregels in wijde kring bekend zijn. Eigen (specifieke) wetenschap van de rechter wil bijvoorbeeld niet zeggen dat sprake is van een feit van algemene bekendheid of een algemeen bekende ervaringsregel. De rechter zal moeten nagaan of de kennis wijdverbreid is. Wel kan de reikwijdte zijn beperkt tot een bepaalde periode²³ of een bepaalde regio. Zo is bij mensen die vertrouwd zijn met het klimaat in Aruba algemeen bekend dat na regenval rekening moet worden gehouden met het gevaar van gladheid.²⁴ Evenzo ontstond na het *Taxusstruik*-arrest

20 H.J. Snijders hierover in noot sub 4 onder HR 24 november 2006, NJ 2007/539 (*MSM/Kostelijk*): '(...) wil iets aangeduid worden als een feit van algemene bekendheid dan moet het altijd opgaan (...).' Zie ook HR 10 september 2010, NJ 2010/486 (*Stella Duce c.s./Theodoor Gilissen*) waarin de Hoge Raad oordeelt dat i.c. niet kan worden gesproken van een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel, omdat tal van factoren een rol spelen bij het antwoord op de vraag of het geponeerde feit juist is. Dit vergt een beoordeling van feitelijke aard waarvoor in cassatie geen plaats is.

21 HR 30 januari 2015, NJ 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staatsloterij/Loterijverlies*), r.o. 4.1.

22 Wij verwijzen opnieuw naar H.J. Snijders in noot sub 4 onder HR 24 november 2006, NJ 2007/539 (*MSM/Kostelijk*).

23 Zie bijv. HR 28 november 1997, NJ 1998/658 (*Durlinger c.s./Bakens*) waarin het ging om de vraag of het hof algemene bekendheid ten aanzien van corrosie van ondergrondse olietanks in de periode voor 29 november 1989 op het oog heeft gehad.

24 HR 2 maart 2007, NJ 2007/143 (*Perez/Casa grande c.s.*). Een ander feit van algemene regionale bekendheid is te vinden in HR 14 september 2007, NJ 2008/334, m.nt. E. Verhulp (*D/Hyatt*): tussen partijen is in confesso dat op Aruba algemeen bekend is dat cocaïne 72 uur in het lichaam traceerbaar kan blijven.

discussie over de vraag of in ieder geval op het platteland de giftigheid van deze plant niet algemeen bekend moet worden verondersteld.²⁵

Volgens de van oudsher gehanteerde omschrijving van feiten van algemene bekendheid gaat het daarbij niet alleen om feiten die eenieder geacht wordt te kennen, maar ook om feiten die *uit openbare bronnen* gekend kunnen worden.²⁶ Nu heeft zich op dat vlak in de laatste kwart eeuw een flinke revolutie voorgedaan. Ten opzichte van de informatie die publiekelijk beschikbaar was in 1969, het jaar waarin de omschrijving van het begrip ‘feit van algemene bekendheid’ werd gegeven, is de informatie die openbaar toegankelijk is enorm toegenomen. Via internet zijn vandaag de dag veel zaken kenbaar. Dat maakt deze ‘kenbare feiten’ echter nog niet per definitie tot feiten van algemene bekendheid. Een rechter die zelf via internet op zoek gaat naar informatie, stuit al snel op feiten die niet noodzakelijkerwijs in brede kring, of algemeen, bekend zijn. Zo ontdekte het Hof Amsterdam in een strafzaak²⁷ vrij eenvoudig dat *Aloë capensis* niet hetzelfde is als *Aloë vera* en baseerde zijn veroordeling onder andere op ‘bronnen op internet die als algemeen bekend worden verondersteld’. De Hoge Raad casseert.²⁸ Dat een dergelijk feit op internet kan worden opgezocht, betekent nog niet dat het ook algemeen bekend is, aldus de Hoge Raad. Hij voegt daaraan toe: ‘Bij dergelijke feiten of omstandigheden gaat het immers in de regel om gegevens die geen specialistische kennis veronderstellen en waarvan de juistheid redelijkerwijs niet voor betwisting vatbaar is.’

Legt de rechter van internet kenbare feiten ambtshalve op grond van art. 149 lid 2 Rv (of art. 339 lid 2 Sv) aan zijn beslissing ten grondslag, dan zal dit in veel gevallen een verrassing voor partijen zijn. De Hoge Raad heeft dan ook beslist dat op internet gevonden informatie door de rechter eerst aan partijen moet worden voorgelegd. Doet hij dat niet, dan schendt de rechter het beginsel van hoor en wederhoor en is sprake van een verrassingsbeslissing.²⁹ Informatie op internet

25 Zie C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 22 april 1994, *NJ* 1994/624 (*Hulsbosch/Broen of Taxusstruik*). Brunner: ‘Nu lijkt stadse onwetendheid ook voor het platteland als maatstaf van maatschappelijke zorgvuldigheid te zijn aanvaard.’ Zie over het kennisvereiste en *Taxusstruik*-arrest ook C.C. van Dam, ‘Taxus revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste’, *MvV* 2015, nr. 7/8, p. 229-234.

26 Nog steeds wordt deze omschrijving gehanteerd, zie *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/170.

27 Binnen het strafrecht geldt het met art. 149 lid 2 Rv vergelijkbare art. 339 lid 2 Sv ten aanzien van feiten van algemene bekendheid. Zie in kritische zin over gebruik hiervan in het strafrecht N. van der Laan, ‘Bewijs rondkrijgen met feiten van algemene bekendheid’, *Advocatenblad* 2010/6, p. 184-185.

28 HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:522.

29 HR 15 april 2011, *NJ* 2011/180 (*Van Donkersgoed/Kansen*); HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1653. Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1415 legt zijn via Google gevonden informatie voor aan partijen. Voor deze regel was reeds gepleit door C.E. Drion, ‘De onderzoekende en/of googelende rechter’, *NJB* 2009/642.

verschilt wat dat betreft niet van een krantenartikel, waarover de Hoge Raad hetzelfde oordeelde.³⁰

Onzes inziens dient de verwijzing naar openbare bronnen, gelet op de ontwikkeling van het internet, inmiddels met de nodige nuances gehanteerd te worden.³¹ Kenbaarheid uit een openbare bron als internet is geen voldoende voorwaarde voor kwalificatie als algemeen bekend. Het is evenmin een noodzakelijke voorwaarde. In 1993 reeds heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de stelling dat de rechter een feit van algemene bekendheid slechts dan aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen als dit duidelijk, ondubbelzinnig en in het oog springend kenbaar is uit een voor eenieder toegankelijke bron, in zijn algemeenheid te ver gaat.³² In dit geval ging het om een feit (het voorkomen van exoneraties in stilzwijgend aanvaarde, maar niet gekende algemene voorwaarden) dat in het handelsverkeer algemeen bekend was.

4. Enkele procesrechtelijke aspecten

In paragraaf 2 werd al kort aangestipt dat de waarde van het onderscheid tussen een feit van algemene bekendheid en een ‘gewoon’ feit ligt in de procesrechtelijke implicaties. De kwalificatie ‘van algemene bekendheid’ van een feit of ervaringsregel heeft tot gevolg dat partijen deze niet behoeven te stellen of te bewijzen, dat de rechter niet verplicht is de regels van stelplicht en bewijslast toe te passen zelfs al is wel een beroep gedaan op een feit van algemene bekendheid en dat de rechter deze ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen (art. 149 lid 2 Rv).

Daarnaast heeft de kwalificatie als feit of regel van algemene bekendheid gevolgen voor de motiveringsplicht van de rechter. Gaat het daadwerkelijk om een ‘notoir feit’, dan behoeft de rechter toepassing daarvan in beginsel niet te motiveren, aangezien partijen op de hoogte zouden moeten zijn van het bestaan van het feit of de ervaringsregel van algemene bekendheid. ‘In het algemeen kan van de rechter niet worden gevergd dat hij motiveert op grond waarvan hij een algemene ervaringsregel aanvaardt’, aldus de Hoge Raad.³³ De bewering dat geen nadere motivering nodig is, verdient echter onmiddellijk nuancering. Zo moet de rechter steeds voorkomen dat partijen verrast worden, bijvoorbeeld omdat een van partijen ten aanzien van de ervaringsregel een specifiek bewijsaanbod heeft gedaan.³⁴ Dit

³⁰ HR 8 februari 2008, NJ 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor Club c.s.*).

³¹ Zie hierover ook Van Boom c.s., NTBR 2010/7.

³² HR 1 juli 1993, NJ 1993/688 (*Bouma/Cavo Latuco*). Dit volgt ook uit de omschrijving die de wetgever van het feit van algemene bekendheid geeft, zie noot 5.

³³ HR 16 oktober 1998, NJ 1998/898 (*Driessen/Lochtenberg*), r.o. 3.6.

³⁴ In de hier genoemde zaak, NJ 1998/898 (*Driessen/Lochtenberg*), ging het om de ervaringsregel dat de kans zeer gering is dat een gouden ring met diamant op het strand terug wordt gevonden. Driessen had specifiek bewijs aangeboden van de stelling dat met behulp van een metaal-detector ook kleine voorwerpen van edelmetaal in het zand kunnen worden opgespoord. Zo ook Van Boom c.s., NTBR 2010/7, par. 7.

bewijsaanbod kan dan niet zonder motivering met een beroep op een feit van algemene bekendheid worden genegeerd. Als een via internet kenbaar feit als van algemene bekendheid kan worden beschouwd, zal dit ook eerst aan partijen moeten worden voorgelegd. Hierover schreven wij al in paragraaf 3.

In dit verband is onzes inziens van belang hetgeen Van Boom c.s. signaleren in hun artikel uit 2010.³⁵ Zij onderscheiden drie verschillende rollen of hanteringsmethoden van algemene feiten en ervaringsregels door de rechter, door hen drie ‘processuele functies’ genoemd. De eerste rol is een verhalende rol, waarbij feiten of regels van algemene bekendheid een soort lijmfunctie hebben in de redenering van de rechter, zonder dat hieraan consequenties worden verbonden voor de toe- of afwijzing van de vordering. Als tweede identificeren de auteurs een beslissende rol in feitelijke zin. Die is aan de orde indien het feit van algemene bekendheid doorslaggevend is voor het vraagstuk dat partijen verdeeld houdt. Is die vraag bijvoorbeeld of een werknemer zware sjouwwerkzaamheden diende te verrichten, dan is een ‘beslissend feit van algemene bekendheid’ de constatering dat dergelijke werkzaamheden in de bedrijfstak gebruikelijk zijn. Als derde signaleren Van Boom c.s. een normatieve rol voor sommige feiten van algemene bekendheid. Daarvan is sprake indien de rechter een feit aan het partijdebat toevoegt en daarbij waarde hecht aan de algemene bekendheid daarvan. Als voorbeeld noemen zij de reeds onder 3 genoemde uitspraak met het oordeel dat op Aruba van algemene bekendheid is dat na regen gevaar voor uitglijden aanwezig is, dat dit feit aan de werkneemster bekend mocht worden verwacht *zodat* zij daarmee rekening had moeten houden om vallen te voorkomen.³⁶

Het komt ons voor dat een rechter met name bij de hantering van een feit van algemene bekendheid in een beslissende of normatieve rol moet uitkijken voor verrassingsbeslissingen. We kunnen ons goed voorstellen dat de motiveringsvereisten in de afgelopen kwart eeuw in die zin iets zijn opgehoogd. In 1992 nam de Hoge Raad³⁷ nog aan dat het de feitenrechter vrijstond om de deskundigheid van een makelaar in assurantiën als feit van algemene bekendheid aan de eiser in cassatie toe te rekenen, zonder dat dit door partijen was aangevoerd. Het zou ons niet verbazen dat de rechter een dergelijke gevolgtrekking inmiddels eerst aan partijen zou moeten voorleggen om hun de gelegenheid te bieden zich daarover uit te laten.

Een andere procesrechtelijke vraag is of de rechter feiten en regels van algemene bekendheid *mag* of *moet* gebruiken bij zijn beslissing. Mag de rechter een dergelijk feit of ervaringsregel in een voorkomend geval *buiten beschouwing* laten, bijvoorbeeld indien partijen daarover met geen woord reppen? Met andere woorden, heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid? Lezing van art. 149 lid 2 Rv leert dat de rechter ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid aan zijn oordeel ten

³⁵ Van Boom c.s., *NTBR* 2010/7, par. 3.

³⁶ HR 2 maart 2007, *NJ* 2007/143 (*Perez/Casa Grande c.s.*).

³⁷ HR 22 mei 1992, *NJ* 1993/381, m.nt. M.M. Mendel (*Van der Graaf c.s./Nieuw Rotterdam*).

grondslag *mag* leggen, ongeacht of ze zijn gesteld. Dit artikellid moet onzes inziens worden gelezen in samenhang met lid 1, dat bepaalt dat deze bevoegdheid tot ‘ambtshalve aanvulling’ niet geldt voor alle andere (gewone) feiten. Het woordje *mag* duidt onzes inziens hier dus niet zonder meer op een discretionaire bevoegdheid tot het al dan niet buiten beschouwing laten van feiten van algemene bekendheid, maar op de bevoegdheid om deze ambtshalve en zonder bewijs te gebruiken.

Blijft staan de vraag of de rechter algemene feiten en ervaringsregels buiten beschouwing kan laten als deze niet ter sprake zijn gekomen. Die vraag kwam kort aan de orde in een zaak waarin een van de cassatieklachten luidde dat het hof bij de begroting van de schade rekening had moeten houden met het feit van algemene bekendheid dat ambtenaren (zoals gelaedeerde) massaal van VUT-voorzieningen gebruik pleegden te maken.³⁸ In casu betrof het een onfortuinlijke postbesteller van de PTT die tijdens het ontwaken na een operatie uit een ziekenhuisbed viel. Het hof oordeelde dat er onvoldoende concrete aanwijzingen waren dat de postbesteller inderdaad van de VUT-regeling gebruik zou hebben gemaakt. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand. Het was, aldus de Hoge Raad, niet onbegrijpelijk en te zeer verweven met waarderingen van feitelijke aard om in cassatie te onderzoeken. Hartkamp meende in zijn conclusie³⁹ dat het hof terecht de nadruk had gelegd op de omstandigheden van het *concrete* geval. Daarbij merkt hij nog op dat hij de stelling niet juist acht dat de rechter acht had moeten slaan op het aangevoerde feit van algemene bekendheid. Hij beroept zich daarbij – onzes inziens iets te gemakkelijk – op het woord ‘mogen’ in art. 149 lid 2 Rv en het hiervoor besproken arrest *Van der Graaf c.s./Nieuw Rotterdam* uit 1992⁴⁰ waarin wordt aangenomen dat het de rechter *vrijstaat* feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid aan te vullen. Deze redenering lijkt ons niet (meer) algemeen toepasbaar.

Zoals wij eerder opmerkten kunnen we ons voorstellen dat de motiveringsplicht inmiddels iets is opgeschroefd, zeker in die gevallen waarin algemene feiten of ervaringsregels een beslissende of normerende rol spelen in de rechterlijke argumentering en een verrassingsbeslissing dreigt. Voor ons is moeilijk voorstelbaar dat een rechter die bijvoorbeeld moet oordelen over de oorzaak van een auto-ongeluk, zonder motivering de algemene ervaringsregel buiten beschouwing mag laten dat de remweg langer is bij een nat wegdek. Of dat hij in een kwestie over werkgeversaansprakelijkheid voorbij zou mogen gaan aan het ervaringsfeit dat werknemers in dagelijkse werkzaamheden onvoorzichtiger worden.⁴¹ Over dergelijke omissies kan ons inziens worden geklaagd in cassatie.

38 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Staat-ABP-Korver*).

39 Conclusie sub 13.

40 HR 22 mei 1992, *NJ* 1993/381, m.nt. M.M. Mendel (*Van der Graaf c.s./Nieuw Rotterdam*).

41 Zie uitermate kritisch over dit ervaringsfeit overigens W. Zwolve, ‘Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard’, in: *De Maatman in het burgerlijk recht*, BWKJ 24, Deventer: Kluwer 2008, p. 28-29.

Hoe zou in dit licht de uitspraak over de VUT-regeling moeten worden gezien? In alle drie genoemde voorbeelden moet gekeken worden naar alle omstandigheden van het geval, zowel de concrete feiten van het geval als feiten en omstandigheden van meer algemene aard. In het geval van de postbesteller zou het feit van algemene bekendheid dat ambtenaren massaal van de VUT-regeling gebruikmaakten echter geen beslissende of normatieve rol gespeeld hebben. Op deze grond kon de rechter immers niet aannemen dat de postbesteller dat in dit concrete geval ook zou doen. Voor het bepalen van de schadevergoeding in dit concrete geval is beantwoording van die vraag cruciaal. Zijn de feiten of regels van algemene bekendheid leidend en kunnen zij een beslissende of normatieve rol in het oordeel van de rechter spelen, dan kan hij onzes inziens niet zomaar aan die algemeen bekende feiten voorbijgaan. Als hij daaraan geen waarde toekent, dan is zijn oordeel vatbaar voor cassatie. In ieder geval zal gelden dat een rechter die afwijkt van een voor de hand liggende algemene ervaringsregel of feit van algemene bekendheid, dit zorgvuldig zal dienen te motiveren. Dit brengt ons bij de vraag hoe de Hoge Raad omgaat met deze problematiek.

5. De Hoge Raad en feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

Gelet op de taak en rol van de cassatierechter is het aanvoeren van nieuwe ‘gewone’ feiten in cassatie niet toegestaan.⁴² De Hoge Raad buigt zich slechts over vormverzuimen en schending van het recht. De Hoge Raad is nu eenmaal geen feitenrechter of derde instantie.

Dit roept verschillende vragen op ten aanzien van zijn omgang met feiten en regels van algemene bekendheid. Wij onderscheiden vier vragen: a) Vult de Hoge Raad zelf wel eens ambtshalve feiten van algemene bekendheid aan? b) Kan voor het eerst in cassatie een beroep worden gedaan op feiten van algemene bekendheid of ervaringsregels? c) Toetst de Hoge Raad dergelijke feiten en regels inhoudelijk op hun algemene bekendheid en zo ja, hoe? d) Hoe moet een beroep op algemeen bekende feiten of regels aan de Hoge Raad worden voorgelegd, via een rechtsklacht of motiveringsklacht?

a. De Hoge Raad hanteert ambtshalve feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

De Hoge Raad hanteert al geruime tijd uit eigen beweging feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels. Bloembergen noemt daarvan in zijn *TCR*-artikel al

⁴² We spreken in dat geval van een ontoelaatbaar novum in cassatie.

enige voorbeelden, ontleend aan oudere jurisprudentie.⁴³ Normaal gesproken zou het aanvoeren van nieuwe feiten of ervaringsregels een ongeoorloofd novum in cassatie opleveren, maar de crux van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels is nu juist dat deze bij een wijder publiek bekend zijn en dus geen feitelijk onderzoek in cassatie vergen.

Ook uit de periode ná het verschijnen van Bloembergens artikel zijn voorbeelden te vinden van ambtshalve toepassing van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels door de Hoge Raad. In een zaak waarin twee werknemers bij gebreke van bevestigingsmateriaal een ladder op gevaarlijke wijze hebben vervoerd, oordeelde de rechtbank dat de wijze van vervoer zo onvoorzichtig was dat de werkgever met die mogelijkheid geen rekening had hoeven te houden. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad, nu het een ervaringsfeit is ‘dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raad-zame voorzichtigheid leidt’.⁴⁴ In samenhang met de omstandigheden van het geval leidt dit tot de conclusie dat het onvoorzichtig vervoer van de ladder voor de werkgever een voorzienbaar en niet te verwaarlozen risico was. Het cassatiemiddel had deze algemene ervaringsregel niet naar voren gebracht, de Hoge Raad vult ambtshalve aan.⁴⁵

Een ander beroemd voorbeeld biedt het arrest *Laudy/Fair Play Centers*,⁴⁶ ook genoemd onder 2. Daarin brengt de Hoge Raad – zelfstandig – als feit van algemene bekendheid over het voetlicht dat een broodmes om zachte puntbroodjes mee te snijden zo scherp is dat de gebruiker het gevaar loopt zich daar aan te snijden.

In sommige gevallen ‘vertaalt’ de Hoge Raad ook wel het oordeel van een hof, in die zin, dat het hof ‘klaarblijkelijk’ een aanname heeft gedaan op grond van een – door de Hoge Raad nader uiteengezette – ervaringsregel. Dit was het geval in een procedure waarin een cliënt zijn advocaat aansprak wegens het te laat betalen van griffiegeld, waardoor de cliënt niet-ontvankelijk werd verklaard in het hoger beroep.⁴⁷ De Hoge Raad ‘redt’ het hof, door te oordelen dat deze zonder schending van een rechtsregel klaarblijkelijk van de ervaringsregel was uitgegaan ‘dat destijds onder normale omstandigheden niet meer dan vier dagen gelegen waren tussen de dag waarop aan een bank een betalingsopdracht werd gegeven en de dag waarop het te betalen bedrag werd bijgeschreven op de rekening van degene voor wie de betaling was bestemd’.

43 Bloembergen, *TCR* 1996, p. 78. Hij noemt bijv. het feit van onvoorzichtigheid bij dagelijks gebruik van gevaarlijke machines (HR 14 april 1978, *NJ* 1979/245) en de algemeen bekende impulsiviteit en onberekenbaarheid van kleine kinderen en kinderen van omstreeks acht jaar, met name bij deelname aan het verkeer (HR 23 mei 1986, *NJ* 1987/482).

44 HR 18 september 1998, *NJ* 1999/45 (*Van Doorn/NBM*).

45 Van ambtshalve toepassing is bijv. ook sprake in HR 11 juli 2008, *NJ* 2009/385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum c.s./Achmea*), r.o. 3.4.3.

46 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004/175 (*Laudy/Fair Play Centers*).

47 HR 9 juni 2000, *NJ* 2000/460 (*S./Mr. V*).

Duidelijk is dat de Hoge Raad geen moeite heeft met het zelf ambtshalve hanteren van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels.⁴⁸

b. Beroep op feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid voor het eerst in cassatie mogelijk

Voor Bloembergen was het feit dat de Hoge Raad uit eigen beweging feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels hanteert een belangrijke reden om aan te nemen dat een beroep op dergelijke feiten en ervaringsregels wellicht ook voor het eerst in cassatie mogelijk zou zijn.⁴⁹ Bloembergen meende dat het in het algemeen te laat was als een ervaringsregel nog niet eerder in de procedure naar voren was gebracht. Hij maakte echter een uitzondering indien ‘over het bestaan en inhoud in redelijkheid niet kon worden getwijfeld’.

Bloembergen zag zijn opvatting bevestigd in 1998, toen de Hoge Raad ondubbelzinnig recht deed aan de hand van feiten van algemene bekendheid waarop voor het eerst in cassatie een duidelijk beroep gedaan was. In het arrest *Waarbroek/H.* wordt door eiser voor het eerst in cassatie een beroep gedaan op twee feiten van algemene bekendheid, kort gezegd: dat de kans bestaat dat per gewone post verzonden stukken kwijtraken en dat er methoden van verzending bestaan die meer zekerheid bieden dat het stuk de geadresseerde bereikt. Advocaat-Generaal Bakels gaat in zijn conclusie in op de vraag of het hier een ontoelaatbaar novum betreft. Hij concludeert, onder verwijzing naar de argumenten van Bloembergen, dat dit niet het geval is. De Hoge Raad overweegt kortweg dat ‘bij de beoordeling van het middel kan worden uitgegaan van de daarin aangeduide algemene ervaringsregels’.⁵⁰ Van een ontoelaatbaar novum in cassatie was kennelijk geen sprake.⁵¹

Op een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel kan kortom voor het eerst in cassatie een beroep gedaan worden. Daarbij is vereist dat dit algemene feit of de algemene ervaringsregel moet kunnen worden vastgesteld zonder dat eerst een feitelijk onderzoek nodig is. Wordt een ervaringsregel op een specifiek terrein voor het eerst in cassatie opgevoerd, dan wordt dit ‘naar het voorkomt’ c.q. ‘naar alle waarschijnlijkheid’ wel als een ontoelaatbaar novum beschouwd.⁵²

⁴⁸ Zie voor andere voorbeelden *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/168.

⁴⁹ Bloembergen, *TCR* 1996, p. 78.

⁵⁰ HR 4 september 1998, *NJ* 1998/828, r.o. 3.6.

⁵¹ Recentere voorbeelden zijn te vinden in HR 8 januari 2010, *NJ* 2010/43 (*Mr. R./Moonen*) en HR 10 september 2010, *NJ* 2010/486 (*Stella Duce c.s./Theodoor Gilissen*).

⁵² Conclusie A-G Rank-Berenschot sub 2.14 voor HR 8 januari 2010, *NJ* 2010/43 resp. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/168, beide met verwijzing naar Bloembergen, *TCR* 1996, p. 78.

c. Toetsing van de algemene bekendheid door de Hoge Raad

Doordat ambtshalve aanvulling met feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid in cassatie mogelijk is en daarop voor het eerst in cassatie een beroep kan worden gedaan, kan bij de Hoge Raad de vraag aan de orde komen of het beweerde feit of de ervaringsregel wel van algemene bekendheid is. Hoe gaat de Hoge Raad met deze vraag om?

Een interessant arrest in dit verband is het arrest *London/Aegon*.⁵³ Het hof had aangenomen dat ‘een feit van algemene bekendheid [is] dat het besturen van een auto met teveel drank op wettelijk niet is toegestaan en strafbaar is, en veelal in WAM-verzekeringen van dekking is uitgesloten’. Volgens het cassatiemiddel is dit oordeel in het licht van art. 149 lid 2 Rv rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk, omdat het hier geen algemene ervaringsregel betreft. De Hoge Raad gaat hierin mee:

‘4.2.3 (...) Onderdeel II.7 klaagt voorts onder meer dat het hof als feit van algemene bekendheid aan zijn oordeel ten grondslag legt dat het besturen van een auto met te veel drank op veelal in WAM-verzekeringen van dekking is uitgesloten. Aldus heeft het hof volgens het onderdeel miskend dat op dit punt geenszins sprake is van een feit dat ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen. Deze klacht is gegrond. Het Hof heeft de reikwijdte van het begrip “feit van algemene bekendheid” in art. 149 lid 2 Rv miskend nu in het licht van wat wordt opgemerkt in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 22, geenszins gezegd kan worden dat het algemene publiek dat een WAM-verzekering afsluit, geacht kan worden te weten of uit voor ieder toegankelijke bronnen te weten kan komen dat veelal in WAM-verzekeringen dekking is uitgesloten voor schade die is toegebracht door de verzekerde auto terwijl de bestuurder daarvan meer alcohol in zijn bloed had dan het wettelijk toegestane promillage.’

In deze uitspraak toetst de Hoge Raad direct aan art. 149 lid 2 Rv. De Hoge Raad oordeelt in casu immers dat het begrip ‘feit van algemene bekendheid’ te veel is opgerekt. Deze expliciete manier van toetsen, waarbij het bijna lijkt alsof de Hoge Raad oordeelt dat ‘het recht’ (namelijk art. 149 lid 2 Rv) verkeerd is toegepast hebben wij niet elders gezien. Interessant aan deze uitspraak is, aldus Korthals Altes en Groen, dat niet beperkt maar volledig wordt getoetst.⁵⁴

We zien wel vaker in cassatie aangevoerd worden dat het hof art. 24 Rv heeft miskend door verboden feiten aan te vullen c.q. buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden door feiten of ervaringsregels van algemene bekendheid op te voeren

⁵³ HR 13 januari 2006, NJ 2006/282, m.nt. M.M. Mendel (*London/Aegon*).

⁵⁴ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/169. Zij doelen vermoedelijk op toetsing in het kader van een rechtsklacht. Zie daarover nader onder d. Zij zien een dergelijke volledige toetsing ook in HR 8 februari 2008, NJ 2008/92 (een artikel in een krant maakt dit nog geen feit van algemene bekendheid).

die dat niet zijn.⁵⁵ Volgt de Hoge Raad het middel, dan oordeelt hij veelal kortweg dat van een feit of ervaringsregel van algemene bekendheid geen sprake is⁵⁶ of dat het feit door het hof niet als van algemene bekendheid is vastgesteld.⁵⁷ Ook als de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter sanctioneert maakt hij daaraan niet altijd evenveel woorden vuil.⁵⁸

Andersom komt uiteraard ook voor: in cassatie worden feiten of ervaringsregels van algemene bekendheid opgevoerd die volgens het middel door de feitenrechter hadden moeten worden toegepast. Als de Hoge Raad het middel daarin niet volgt, kan dat zijn omdat de aangevoerde feiten of ervaringsregels kwalificeren als nieuwe stellingen waarvoor in cassatie geen plaats is.⁵⁹ De Hoge Raad kan ook oordelen dat de aangevoerde feiten (kortweg) niet als algemeen bekend kunnen worden verondersteld⁶⁰ of dat het cassatiemiddel berust op een onjuiste lezing van het oordeel van de feitenrechter omdat deze ‘kennelijk’ niet bedoeld heeft bepaalde feiten als algemeen bekend te kwalificeren, welk oordeel als feitelijk is voorbehouden aan de feitenrechter.⁶¹ Wanneer de Hoge Raad het bestaan van bepaalde feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels erkent, neemt hij deze doorgaans zonder uitgebreide motivering in zijn oordeel op.⁶²

De Hoge Raad toetst veelal beperkt, wegens verstrengeling van de beslissing van de feitenrechter met de feiten en omstandigheden die nu juist aan hem ter beoordeling zijn. De Hoge Raad overweegt dan bijvoorbeeld:

‘Dat het Hof deze aanduiding niet als voldoende specificatie heeft aangemerkt, berust op een feitelijk oordeel dat is voorbehouden aan het Hof als rechter die over de feiten

55 HR 22 oktober 2010, NJ 2010/570 (*Euronext/ASF*); HR 13 juli 2007, NJ 2007/586, m.nt. M.M. Mendel (*Excellent/Axa*); HR 26 november 2010, NJ 2010/635 (*Jones/Fugro Survey*); HR 13 juli 2007, NJ 2007/504, m.nt. M.R. Mok (*Gemeente Barneveld/Gasunie*).

56 Bijv. HR 13 juli 2007, NJ 2007/586, m.nt. M.M. Mendel (*Excellent/Axa*) en uitgebreider HR 6 september 1996, NJ 1998/415, m.nt. C.J.H. Brunner (*Annema/Staat*).

57 HR 23 maart 2001, NJ 2003/715, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ofasec/NTM*).

58 Zie bijv. HR 22 mei 1992, NJ 1993/381, m.nt. M.M. Mendel (*Van der Graaf c.s./Nieuw Rotterdam*). Voorbeelden zijn ook te vinden in de conclusies A-G, zie conclusie A-G Timmerman sub 3.66 voor HR 28 september 2012, NJ 2012/549 (*Almer c.s./Van den Dungen c.s.*) en conclusie A-G Keus sub 2.17 voor HR 5 januari 2007, NJ 2007/320, m.nt. M.R. Mok (*Vendex KBB/Boersma-Leenmeijer c.s.*).

59 Het middel poogt mogelijk de klip van het ontoelaatbaar novum te omzeilen, zoals A-G Bloembergen opmerkt in zijn conclusie sub 5 voor HR 24 november 1995, NJ 1996/164 (*Logister/Staat*). Zie ook conclusie F.F. Langemeijer sub 2.12 voor HR 22 maart 2013, NJ 2013/188 (*Roffelsen/G.*).

60 HR 8 februari 2008, NJ 2008/93 (*Lagraauw/Van Schie*); HR 8 januari 2010, NJ 2010/43 (*Mr. R./Moonen*); HR 10 mei 1996, NJ 1996/537 (*Coskun c.s./Van Sommeren*).

61 HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853 (*Jeffrey*). Zie ook HR 22 juni 1990, NJ 1990/704 (*Stichting Cultureel Centrum/Zuidhoek*).

62 Zie bijv. HR 4 september 1998, NJ 1998/828 (*Waarbroek/H.*) en HR 27 april 2007, NJ 2008/462 (*Kalai/Antoine Petit*).

*oordeelt. Kennelijk heeft het Hof het niet als feit van algemene bekendheid beschouwd dat dergelijke niet door verzekering gedekte kosten in alle gevallen worden gemaakt. Aldus oordelende heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, noch een onbegrijpelijk oordeel gegeven; het Hof was ook niet tot een nadere motivering gehouden.*⁶³

Duidelijk is dat art. 149 lid 2 Rv zowel de Hoge Raad als cassatieadvocaten ruimte biedt om tot op zekere hoogte ‘te spelen’ met de feiten en omstandigheden in een zaak. Een ambtshalve beroep op een feit van algemene bekendheid of een ervaringsregel biedt de Hoge Raad de kans om motiveringsgebreken van feitenrechters met de mantel der liefde te bedekken. Andersom kunnen cassatieadvocaten een poging wagen om een feit van algemene bekendheid of een ervaringsregel te poneren die hun zaak zou kunnen redden. Voorwaarde is in beide gevallen wel dat het inderdaad gaat om een algemeen bekend feit of ervaringsregel. De Hoge Raad schroomt daarbij niet om zelfstandig te beoordelen of een feit van algemene bekendheid of ervaringsregel wel echt algemeen bekend is. Daarmee heeft hij vooral geen moeite indien zijn conclusie luidt dat het opgevoerde feit *niet* algemeen bekend is. De constatering dat een hof onjuist heeft geoordeeld door het miskennen van algemene feiten die *wel* bestaan is beduidend zeldzamer.

Over de vraag of een beroep op algemene feiten en ervaringsregels ingekleed moet worden als rechtsklacht of motiveringsklacht thans meer.

d. Motiveringsklacht of rechtsklacht?

Bloembergen verwachtte in 1996 dat een beroep op ervaringsregels ‘vermoedelijk’ meestal zal worden gedaan in het kader van een motiveringsklacht. Die zal inhouden dat het oordeel van de feitenrechter in het licht van een bepaalde ervaringsregel of algemeen bekend feit onbegrijpelijk is.⁶⁴ Ervaringsregels behoren niet tot rechtsregels in de zin van art. 79 RO, dus kan over schending hiervan niet rechtstreeks via een rechtsklacht worden geklaagd, aldus Bloembergen. Hij achtte echter niet uitgesloten dat een beroep op een ervaringsregel in het kader van een rechtsklacht wordt gedaan, hoewel een motiveringsklacht hem wenselijker leek. Hij geeft daarbij het voorbeeld van een klacht over schending van een veiligheidsnorm, die (mede) wordt onderbouwd met de stelling dat de betrokken zaak, naar de ervaring leert, zeer gevaarlijke eigenschappen heeft.⁶⁵ Leeft zijn opvatting in de cassatiepraktijk?

⁶³ HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853 (*Jeffrey*) r.o. 3.4.2. Zie ook bijv.: HR 8 januari 2010, NJ 2010/43 (*Mr. R./Moonen*); HR 10 september 2010, NJ 2010/486 (*Stella Duce c.s./Gilissen*).

⁶⁴ Zo gebeurt bijv. in HR 23 april 2010, NJ 2010/454, m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis*): Geklaagd wordt dat het hof geen, althans onvoldoende blijk heeft gegeven een aantal omstandigheden, waaronder een feit van algemene bekendheid, te hebben meegewogen (subonderdeel C4).

⁶⁵ Bloembergen TCR 1996, p. 79.

Voorbeeld van een arrest zoals door Bloembergen bedoeld, waarin een klacht met een verwijzing naar feiten van algemene bekendheid leidde tot de constatering dat een veiligheidsnorm was geschonden, is wellicht het *Laadschop*-arrest.⁶⁶ De bestuurder van een laadschop rijdt een driejarige kleuter aan. Het hof meent dat geen zorgvuldigheidsnorm werd geschonden. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof. De bestuurder had voorzorgsmaatregelen moeten treffen, omdat hij rekening had moeten houden met de onberekenbaarheid van jonge kinderen en het – algemeen bekende – feit dat dergelijke machines op hen een onweerstaanbare aantrekkingskracht uitoefenen. De Hoge Raad plaatst hier zijn eigen feiten van algemene bekendheid in de plaats van die van het hof, dat had overwogen eerder te verwachten dat een kleuter van drie jaar op eerbiedige afstand zou blijven van een imponerend voertuig als een laadschop. De klacht in cassatie werd ingestoken als een gemengde rechts- en motiveringsklacht. De Hoge Raad gaat in op de rechtsklacht en casseert omdat het hof door bovenstaande feiten te miskennen is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Geconcludeerd zou kunnen worden dat de zorgvuldigheidsnorm in casu ‘volledig’ wordt getoetst en nader wordt ingevuld met behulp van een feit van algemene bekendheid.

Ook bij recentere zaken over veiligheidsnormen zien we dit patroon, bijvoorbeeld in de zaak *Kalai/Antoine Petit*.⁶⁷ In het cassatiemiddel werd een (rechts)klacht gericht tegen het oordeel van het hof dat de werkgever haar zorgplicht niet had geschonden door geen mechanische hulpmiddelen in te zetten bij het tillen van een 200 kilo zware oven. Het hof heeft daarmee miskend dat op de werkgever een zorgplicht rustte, gegeven art. 7:658 BW, andere wetgeving en het feit van algemene bekendheid dat handmatig tillen van een gewicht van 50 kilo relevant gevaar voor rugletsel oplevert.⁶⁸ De Hoge Raad volgt het middel en oordeelt dat het bestreden oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, onder herhaling van in de klacht genoemde motivering.

Hoe zit het indien van schending van een veiligheidsnorm geen sprake is? De jurisprudentie bestuderend, constateren wij dat, anders dan Bloembergen verwachtte, pure motiveringsklachten in dit kader niet zo vaak voorkomen. Wellicht is dit te wijten aan de hier en daar opgemerkte ontwikkeling dat de Hoge Raad

66 HR 25 september 1981, *NJ* 1982/254, m.nt. C.J.H. Brunner.

67 HR 27 april 2007, *NJ* 2008/462. Nog een geval van volledige toetsing is o.i. HR 11 april 2008, *NJ* 2008/465, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Tarioui/Vendrig-Ijsselstein c.s.*), eveneens over de invulling van de zorgplicht van de werkgever. Zo ook HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004/556, m.nt. Jac. Hijma (*Bunink-van der Laar/Manege Nieuw Amstelland*), waarin het hof had aangenomen dat in het licht van het feit van algemene bekendheid dat deelname aan paardrijlessen naar zijn aard risico's meebrengt, de vergoedingsplicht van de manegehouder geheel vervalt. De Hoge Raad oordeelt echter dat het enkele feit dat een paard uit vrije wil en met toestemming van de eigenaar wordt bereiden voor geheel verval van aansprakelijkheid onvoldoende is.

68 In casu was ook nog van belang de algemene ervaringsregel dat wanneer een bepaald gewicht door meer personen wordt getild, het van een (groot) aantal omstandigheden afhankelijk is welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild.

beslissingen steeds vaker behandelt als gemengd.⁶⁹ Doorgaans wordt een beroep gedaan op een feit van algemene bekendheid of algemene ervaringsregel in een gemengd geformuleerde of primair/subsidiar geformuleerde rechts- en motiveringsklacht. Cassatietechnisch is dat overigens vaak verstandig. De cassatieadvocaat biedt de Hoge Raad op die manier ruimte om te casseren hetzij op grond van schending van het recht, hetzij wegens een motiveringsgebrek.⁷⁰

Een voorbeeld van een pure motiveringsklacht biedt het arrest *Weevers Stous/St. Parkwoningen Hoge Weide*.⁷¹ Het hof oordeelde dat het in het algemeen niet zonder meer voorspelbaar is hoe zich in de toekomst de prijzen van onroerende zaken zullen ontwikkelen, nu ook algemeen bekend is dat de prijzen in de eerste helft van de jaren '80 zijn gedaald. De motiveringsklacht in cassatie luidde dat dit oordeel zonder nadere motivering niet begrijpelijk is omdat 'het nu eenmaal een feit van algemene bekendheid is dat de prijzen van onroerende zaken een stijgende lijn vertonen'. De klacht slaagt echter niet: de Hoge Raad vindt 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd.

Veel andere voorbeelden van pure motiveringsklachten vonden wij niet. Wel voorbeelden van uitspraken gedaan naar aanleiding van rechtsklachten al dan niet in het kader van een gemengde rechts- en motiveringsklacht. Van een rechtsklacht die gegrond werd geacht was sprake in de zaak *Bouma/Cavo Latuco*.⁷² In die zaak had het hof als feit van algemene bekendheid aangenomen dat vergaande exoneratieclausules in het handelsverkeer tussen ondernemingen als deze regelmatig voorkomen, zodat Bouma bedacht had moeten zijn op het voorkomen van zulke exoneratieclausules in stilzwijgend aanvaarde, maar niet gekende algemene voorwaarden. Precies daartegen richtte zich de klacht in cassatie.⁷³ Het oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zo blijkt in cassatie, omdat zich in de stilzwijgend aanvaarde algemene voorwaarden bepalingen kunnen bevinden van een zodanige inhoud, dat de toestemming niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook dáárvan gericht te zijn geweest. Dit ondanks het feit dat van algemene bekendheid is dat in algemene voorwaarden bepalingen van een dergelijke inhoud zo regelmatig voorkomen dat men daarmee rekening moet houden, aldus de Hoge Raad. De rechtsklacht zag niet zozeer op het aannemen van

69 Zie daarover, met vermelding van nadere vindplaatsen, P. Memelink, 'Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten', in: *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer: Kluwer 2009, p. 47 e.v.

70 Opgemerkt zij dat zuivere rechtsbeslissingen alleen kunnen worden aangevochten met een rechtsklacht en 'spiegelbeeldig' zuiver feitelijke beslissingen alleen met een motiveringsklacht. Daar tussenin ligt het grijze gebied van de 'gemengde beslissing', die hetzij op grond van een motiverings- hetzij op grond van een rechtsklacht kunnen worden beoordeeld of vernietigd. Zie nader P. Memelink, a.w. 2009, BWKJ 25, p. 62.

71 HR 21 februari 2003, NJ 2004/567 (*Weevers Stous/St. Parkwoningen Hoge Weide*), zie r.o. 3.5.

72 HR 1 juli 1993, NJ 1993/688. Zie hierover ook Van Boom c.s., par. 4, laatste alinea.

73 Zie het cassatiemiddel onder 2.2. Dit middel vangt aan met een motiveringsklacht, maar deze wordt uitgewerkt ten aanzien van een ander punt dan hier aan de orde. De rechtsklacht richt zich tegen het in de hoofdttekst genoemde oordeel.

dit feit van algemene bekendheid, maar op het daaraan gekoppelde oordeel van het hof dat de exoneratieclausule in de algemene voorwaarden stilzwijgend was aanvaard.

In een soortgelijk licht valt de zaak *MeeGaa/Van den Bos c.s.*⁷⁴ te plaatsen. Ook in die zaak ging het om de vraag of een exoneratieclausule tussen partijen van toepassing was, die in casu op de afleverbonnen was vermeld. Op die afleverbonnen werd getekend 'voor ontvangst'. Het hof overwoog dat de enkele omstandigheid dat op de afleveringsbonnen een exoneratieclausule staat en een handtekening, niet kan leiden tot het oordeel dat tussen partijen een exoneratie is overeengekomen. De eerste klacht tegen dit oordeel is een rechtsklacht, waarin het hof wordt verweten te hebben miskend dat het bij beantwoording van deze vraag steeds aankomt op alle omstandigheden van het geval. De tweede klacht is van gemengde aard, waarbinnen wordt aangevoerd dat het hof in de gegeven omstandigheden niet tot de slotsom had kunnen komen dat de exoneratieclausule niet tussen partijen is overeengekomen. Als onderdeel van deze klacht wordt in 2.2 naar voren gebracht: 'Althans miskent dat oordeel dat als feit van algemene bekendheid en/of ervaringsregel moet worden aangenomen dat (i) bij leveranties van potgrond een aansprakelijkheidsbeperking zoals de onderhavige zeer gebruikelijk is (...). Het hof heeft deze feiten van algemene bekendheid en/of ervaringsregels ten onrechte niet betrokken bij de beantwoording van de vraag of de aansprakelijkheidsbeperking is overeengekomen.' Niet helemaal duidelijk is of de opsteller van het middel hiermee beoogde een pure rechtsklacht te formuleren. De terminologie lijkt daar wel op te duiden en doet daarmee denken aan het arrest *London/Aegon* dat in paragraaf 5c is besproken. Gezien de context en inhoud van de klacht – bepaalde feiten van algemene bekendheid zijn buiten beschouwing gelaten – komt ons echter voor dat hier in wezen sprake is van een motiveringsklacht. De Hoge Raad gaat niet specifiek in op deze klacht en op de feiten van algemene bekendheid waarop een beroep wordt gedaan. Hij neemt de eerste twee klachten samen, plaatst de problematiek (net als in *Bouma/Cavo Latuco*) in het kader van de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 en 3:35 BW) en oordeelt dat het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Heeft het hof de maatstaven van art. 3:33 jo. art. 35 BW niet miskend, dan is zijn oordeel niet begrijpelijk omdat uit diens overwegingen niet voldoende blijkt dat alle relevante omstandigheden in zijn oordeel zijn betrokken.⁷⁵

In de twee laatst besproken arresten gaat het niet zozeer over schending van een veiligheidsnorm, maar spelen feiten van algemene bekendheid een rol in de motivering van een beslissing rondom toepasselijkheid van een exoneratieclausule.⁷⁶ De Hoge Raad casseert de ene keer wegens schending van het recht en de

⁷⁴ HR 9 oktober 2015, *NJ* 2015/442.

⁷⁵ Zie ook HR 6 september 1996, *NJ* 1998/415, m.nt. C.J.H. Brunner (*Annema/Staat*) waarin de Hoge Raad casseert wegens onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof n.a.v. een klacht van gemengde aard.

⁷⁶ Hetzelfde komt voor bij de uitleg van een overeenkomst. Zie bijv. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/199, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Beganovic/ROC Twente*).

andere keer wegens onvoldoende motivering. In deze gevallen spelen de feiten van algemene bekendheid waarop een partij (of de rechter) zich beroept zijdelings een rol. Dit komt overeen met de opvatting van Bloembergen: de klacht betreft niet de schending van een feit van algemene bekendheid of algemene ervaringsregel, maar de toepassing daarvan bij het (rechts)oordeel van de feitelijke rechter. Vandaar dat soms ruimte is voor het slagen van een rechtsklacht en andere keren voor beoordeling in het kader van een motiveringsklacht. Het gaat in ieder geval steeds om feiten en ervaringsregels die, wat Van Boom c.s. noemen, een beslissende of normatieve rol (kunnen) vervullen in het oordeel.⁷⁷

De Hoge Raad geeft echter niet alleen een oordeel over de *toepassing* van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels in het kader van een rechtsregel, maar beoordeelt deze ook inhoudelijk, zoals wij in paragraaf 5c hebben gezien. Klachten over het oordeel van de feitenrechter worden doorgaans ingestoken als gemengde rechts- en motiveringsklachten⁷⁸ maar soms zien we ook een (pure) rechtsklacht. In dat laatste geval wordt de feitelijke uitspraak aangevallen met de klacht dat het oordeel onjuist is omdat de door het hof genoemde algemene feiten of ervaringsregels niet bestaan⁷⁹ of wordt een klacht via de band van schending van art. 24 Rv opgevoerd.⁸⁰ Deze inhoudelijke beoordeling in cassatie lijkt te wringen met het uitgangspunt dat de Hoge Raad geen feiten vaststelt. Feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels zijn echter rechtsbegrippen waarvan de kwalificatie als zodanig een bepaald rechtsgevolg meebrengt, in ieder geval voor wat betreft stelplicht en bewijslast. In dat opzicht kunnen deze begrippen worden vergeleken met andere rechtsbegrippen, zoals bijvoorbeeld de rechtshandeling, waaraan eveneens rechtsgevolgen worden verbonden. In dit licht bezien bevreesdt het niet dat de Hoge Raad zich uitspreekt over de inhoud van feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid.

6. Enige conclusies

In de afgelopen 25 jaar is duidelijk geworden dat zowel partijen als de Hoge Raad zonder meer voor het eerst in cassatie een beroep kunnen doen op feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels. Evenmin schroomt de Hoge Raad om zich uit te laten over het al dan niet algemeen bekend zijn van dergelijke feiten en regels. Nog steeds geldt, zowel in feitelijke instanties als in cassatie, dat die feiten en ervaringsregels wel ‘in wijde(re) kring bekend’ moeten zijn. De opkomst van internet verandert daar in zoverre iets aan dat tegenwoordig veel meer en ook

⁷⁷ Anders dan wij, zien Van Boom c.s. de uitspraak *Bouma/Cavo Latuco* echter als behorend tot een ‘andere categorie uitspraken’.

⁷⁸ Cassatiemiddel 1.4 in HR 22 oktober 2010, NJ 2010/570 (*Euronext/ASF*), waarbij m.n. de rechtsklacht wordt uitgewerkt; HR 6 september 1996, NJ 1998/415, m.nt. C.J.H. Brunner (*Annema/Staat*); cassatiemiddel 2.2 in HR 4 september 1998, NJ 1998/828 (*Waarbroek/H.*).

⁷⁹ Zie bijv. cassatiemiddel 2.5 in HR 13 juli 2007, NJ 2007/586, m.nt. M.M. Mendel (*Excellent/Axa*).

⁸⁰ Cassatiemiddel 1.4 in HR 22 oktober 2010, NJ 2010/570 (*Euronext/ASF*).

specifiekere informatie ‘publiek toegankelijk’ is. Dat betekent niet zonder meer dat die informatie ook algemeen bekend is. Om verrassingsbeslissingen te voorkomen, doen feitelijke rechters er goed aan partijen in de gelegenheid te stellen om zich over zelf gevonden ‘algemene’ feiten en ervaringsregels uit te laten. We vermoeden dat de motiveringseisen op dit punt in de afgelopen kwart eeuw iets zijn opgetrokken.

In cassatie kunnen algemeen bekende feiten en ervaringsregels, behalve in motiveringsklachten, een rol spelen in het kader van rechtsklachten, op de wijze als door Bloembergen al geschetst. Dit zal niet alleen het geval zijn bij de schending van veiligheidsnormen, maar meer in het algemeen bij oordelen waarbij de invulling van open normen als de zorgvuldigheid of uitleg van overeenkomsten een rol speelt. Ook spreekt de Hoge Raad zich uit over de inhoud van een feit of ervaringsregel van algemene bekendheid. Het zijn immers rechtsbegrippen waarvan de reikwijdte in cassatie kan worden vastgesteld. Doorgaans wordt de klacht ingestoken als een gemengde rechts- en motiveringsklacht.

We concluderen dat feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels zowel voor feitelijke rechters, als (cassatie)advocaten, als de Hoge Raad de nodige speelruimte creëren. Van belang blijft daarbij om een en ander vooral te blijven bezien in het licht van stelplicht en bewijslast, met die bijzonderheid dat feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels juist geen bewijs behoeven, maar wel een goedkeuringsstempel van de Hoge Raad.

Kwalificatie van effectenleaseovereenkomsten

*Iris Houben*¹

I. Inleiding

‘Nog steeds is de wet, en in het bijzonder de tekst van de wet, een centrale factor van rechtsvinding in de rechtspraak van de burgerlijke rechter.’

Zo luidt de eerste stelling gevoegd bij de dissertatie van Henk Snijders in 1978. Met ‘de wet’ doelt Snijders hier op de tekst van de wet, maar ook op geschiedenis, doel en systeem van de wet.² Deze stelling lijkt me nog steeds houdbaar, een kleine veertig jaar later. De centrale rol van de wet bij de rechtsvinding door de burgerlijke rechter is in ieder geval duidelijk zichtbaar bij het vinden van het toepasselijke recht door het kwalificeren van een – in beginsel – onbenoemde overeenkomst. De vraag is evenwel of de wet bij de kwalificatie van onbenoemde overeenkomsten niet soms ook een te grote rol speelt, waardoor de vrijheid van partijen om zelf hun rechtsverhouding vorm te geven in het gedrang komt. Daarover gaat deze bijdrage, en dan in het bijzonder over de kwalificatie van de overeenkomst tot financial lease van aandelen (hierna ook wel effectenleaseovereenkomst genoemd).

Het onderwijs en onderzoek van Henk Snijders richten zich in hoofdzaak op drie onderdelen van het burgerlijk recht in ruime zin: rechtsvinding, goederenrecht en burgerlijk procesrecht. (Ik schrijf dit bewust in de tegenwoordige tijd, want bij gelegenheid van zijn laatste ‘reguliere’ college is mij gebleken dat hij het emeritaat eerder opvat als een tussentijds hectometerpaaltje dan als een eindbestemming.) In deze bijdrage raak ik aan twee van deze interessegebieden: rechtsvinding en goederenrecht. Dat wil echter niet zeggen dat Snijders niet ook zeer wel thuis is op het terrein van het contractenrecht. Zijn bovengenoemde ‘specialisaties’ op toch bepaald geen kleine deelterreinen getuigen van zijn veelzijdigheid en daarom is het dan ook niet vreemd dat mijn eerste kennismaking met de leaseovereenkomst plaatsvond tijdens een collegecycle over bijzondere overeenkomsten, gegeven door Snijders. Het befaamde *Sogelease*-arrest³ was net verschenen en uiteraard werd tijdens de colleges ook de inpassing van de van oorsprong Amerikaanse figuur “sale and lease back” in het Nederlandse goederenrecht van commentaar voorzien.

¹ Mr. I.S.J. Houben is universitair hoofddocent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

² H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 211.

³ HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119.

2. Begrip financial leaseovereenkomst

In zijn eenvoudige vorm is een leaseovereenkomst de overeenkomst waarbij een persoon (de lessor) een bepaald omschreven goed in gebruik geeft aan een ander (de lessee) tegen een bepaalde vergoeding, voor een bepaalde tijd.⁴ De “financial” leaseovereenkomst is een type leaseovereenkomst waarbij de lessor het door de lessee gebruikte leaseobject (meestal een bedrijfsmiddel) financiert. De lessee betaalt het door de lessor geïnvesteerde bedrag, vermeerderd met rente, kosten en winst van de lessor, gedurende de looptijd van de leaseovereenkomst in termijnen terug. Het economisch risico van het leaseobject berust bij de lessee. De lessor kan als zekerheid voor de terugbetaling van zijn investering de eigendom op het leaseobject behouden of verkrijgen, maar ook bijvoorbeeld een pandrecht bedingen.

Een recente belangrijke vorm van financial lease is de aandelenlease. Deze vorm van financial lease wijkt af van de financial lease van bedrijfsmiddelen, aangezien het de financiering van *aandelen* betreft en de lessee veelal geen bedrijf is, maar een consument.

3. Kwalificatie van onbenoemde overeenkomsten

Aanbeland bij de ‘kwalificatie van overeenkomsten’ betreden we een terrein waarop Snijders’ onderzoek zich in de loop der jaren mede heeft gericht: dat der rechtsvinding. In deze bijdrage gaat het over het kwalificeren van leaseovereenkomsten door rechters. Hoe bepaalt een rechter of een overeenkomst die zich onder het etiket van een onbenoemde overeenkomst aandient, niet eigenlijk toch benoemd is?

De leaseovereenkomst is, althans onder deze benaming, niet in de wet geregeld en is daarmee een onbenoemde overeenkomst. Hoe is echter het betitelen van de leaseovereenkomst als onbenoemde overeenkomst te rijmen met het feit dat leaseovereenkomsten ook wel als huur of huurkoop worden gekwalificeerd? Dan gaat het toch om een benoemde overeenkomst? De reden voor deze mogelijke begripsverwarring is de volgende: nu de onbenoemde overeenkomst niet in de wet is geregeld, bestaat er ook geen wettelijke definitie. En dat betekent dat partijen deze overeenkomsten de benaming en de inhoud kunnen geven die hun goeddunkt. ‘De’ leaseovereenkomst bestaat dus niet. Er blijken leaseovereenkomsten te bestaan die precies die kenmerken bevatten die ook in de wettelijke omschrijving van een huurovereenkomst voorkomen. Er bestaan ook leaseovereenkomsten die de kenmerken bevatten van de wettelijke omschrijving van huurkoop. In deze gevallen is de leaseovereenkomst als pseudo-onbenoemd te kenschetsen; een overeenkomst die zich aandient onder het etiket van een onbenoemde overeenkomst, maar eigenlijk wel benoemd is.

De kwalificatie van een overeenkomst geschiedt met het oog op het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen. Die rechten en verplichtingen vloeien

4 Omschrijving van H.J. Snijders. *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 196.

voort uit het contract zelf, maar ook uit wettelijke bepalingen. Het is dus van belang vast te stellen welke wettelijke bepalingen op de rechtsbetrekking tussen partijen van toepassing zijn, in het bijzonder waar het gaat om dwingend recht. De rechter zal daartoe de overeenkomst dienen uit te leggen. Vervolgens dient hij de wettelijke omschrijving van de benoemde overeenkomst die in aanmerking komt uit te leggen en te bezien of de voorliggende onbenoemde overeenkomst onder die wettelijke omschrijving valt.⁵

Zo beschreven lijkt dit een overzichtelijk stappenplan: leg het contract uit, richt daarna de blik op de wet en zie of het een onder het ander te brengen is (subsumptie). Zo gaat het in werkelijkheid niet. De rechter legt de overeenkomst uit met in zijn achterhoofd al de mogelijke kwalificatie van de overeenkomst als benoemde overeenkomst en dus reeds rekening houdend met de elementen van de wettelijke omschrijving daarvan. Dit lijkt op wat, in iets ander verband, door Karl Engisch is genoemd het heen en weer pendelen tussen feiten in een bepaald geval en materieelrechtelijke normen die hij in dat geval wil toepassen, waaraan Snijders refereert als hij het werkproces van de rechter beschrijft.⁶ Stoffels noemt dit, specifiek refererend aan de kwalificatie van (on)benoemde overeenkomsten, het heen en weer wenden van de blik: van contract naar wet, van wet naar contract.⁷

Bezien wij nu dit ‘wenden van de blik’ bij de kwalificatie van aandelenleaseovereenkomsten.

4. Kwalificatie van aandelenleaseovereenkomsten als huurkoop

Egalease

De reden om de aandelenleaseovereenkomsten als voorbeeld te nemen van de wisselwerking tussen uitleg van de overeenkomst en de uitleg van de wet bij de kwalificatie van onbenoemde overeenkomsten, is de overvloedige rechtspraak van de afgelopen jaren waarin kwalificatie van een aandelenleaseovereenkomst als huurkoop of koop op afbetaling de kern van het partijdebat vormde. De klanten van de banken en verzekeraars hadden belang bij een kwalificatie van aandelenleaseproducten als koop op afbetaling vanwege de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst op grond van art. 1:88 lid 1 sub d jo. art. 1:89 BW. Eerstgenoemde bepaling vereist de toestemming van de andere echtgenoot voor het sluiten van een

⁵ Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 6*, TM, p. 920.

⁶ Karl Engisch, ‘Logische Studien zur Gesetzesanwendung’, in: *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften*, Heidelberg: Carl Winter-Universitätsverlag 1960, p. 15 overigens niet specifiek over kwalificatie van overeenkomst; H.J. Snijders, ‘Door labyrinten en Gnossienes. Van heuristiek naar legitimatie’, in: *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 272; vgl. *Asser/Vranken Algemeen deel*** 1995/109.

⁷ M. Stoffels, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 118 en 122.

koop op afbetaling. Echtparen die met een verlies ten gevolge van een tegenvallend effectenleaseproduct worden geconfronteerd, probeerden op deze grond de overeenkomst te vernietigen, in wat wel ‘eegalease-zaken’ zijn gaan heten.

Het feit dat ten aanzien van vrijwel alle elementen uit de omschrijving van zowel huurkoop als koop op afbetaling in rechte ter discussie heeft gestaan of de in het geding zijnde effectenleaseovereenkomst aan dat element beantwoordde, heeft ongetwijfeld te maken met de grote aantallen contracten die zijn afgesloten en (daardoor) de enorme toevloed aan zaken bij de gerechten, alsmede de grote belangen die er voor beide partijen mee gemoeid waren, maar geeft ook aan dat kwalificatie van dergelijke type overeenkomsten als huurkoop niet een op voorhand uitgemaakte zaak was.⁸

Wettelijke omschrijving

De wet omschrijft huurkoop als de koop en verkoop op afbetaling, waarbij partijen overeenkomen dat de verkochte zaak niet door enkele aflevering in eigendom overgaat, maar pas door de vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is (art. 7A:1576h lid 1 BW). Het gaat dus om een koop op afbetaling, waarbij een eigendomsvoorbehoud is overeengekomen. Huurkoop is een species van de koop op afbetaling, in de wet omschreven als de koop en verkoop, waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, waarvan twee of meer verschijnen, nadat de verkochte zaak aan de koper is afgeleverd (art. 7A:1576 BW). Een financial leaseovereenkomst die niet aan de vereisten van deze wettelijke omschrijvingen voldoet, kan toch onder de huurkoopregeling vallen door de werking van de strekkingsbepalingen van lid 2 en 3 van art. 7A:1576h BW.

Toetsing aan de wettelijke omschrijving

In verschillende uitspraken van de Hoge Raad is ingegaan op afzonderlijke elementen van de wettelijke definitie, afhankelijk van waar het partijdebat zich op toespitste, voor zover in cassatie nog aan de orde. Ik loop kort de elementen uit de wettelijke omschrijving van huurkoop langs waaraan de financial leaseovereenkomst getoetst wordt, om inzichtelijk te maken hoe de rechter in de betreffende gevallen de financial leaseovereenkomst ‘onder’ het aan de orde zijnde element van de wettelijke definitie van huurkoop heeft gebracht.

a) Koop en verkoop

Een huurkoopovereenkomst is, het zal niet verrassen, een koopovereenkomst. Met betrekking tot aandelenlease kwam de vraag of door partijen verkoop (en daarmee eigendomsoverdracht door de verkoper) was beoogd aan de orde in HR 13 juli 2012, *NJ 2014/23 (Ohra/Gruia)*. De klant leende geld van Ohra. Dat geld werd ter beschikking gesteld door storting op een rekening van Ohra beleggersgiro,

⁸ Een cynicus zou daar wellicht nog aan toevoegen dat het ook een aanwijzing is voor de diepe zakken van de aanbieders van dergelijke producten.

waarmee deelgenomen werd in Ohra beleggingsmaatschappijen. De klant verkreeg aldus een giraal effectentegoed.

De verplichting van een verkoper om de eigendom van de verkochte zaak over te dragen heeft Ohra, naar eigen zeggen, niet op zich genomen, aangezien zij niet de rechthebbende op de aandelen was. Er was volgens Ohra sprake van een overeenkomst van geldlening of effectenbemiddeling, maar in ieder geval niet van koop (en dan dus ook niet van koop op afbetaling of huurkoop). Het hof heeft de overeenkomst evenwel al 'Haviltexend' uitgelegd als een koopovereenkomst. De Hoge Raad is het met dat oordeel eens. Een verkoper hoeft niet de eigenaar te zijn van het verkochte goed⁹ (in casu een vorderingsrecht), zolang hij er maar zorg voor draagt dat de eigendom van de zaak aan de koper wordt verschaft en dat kan dus ook door een derde geschieden. Het feit dat Ohra niet de rechthebbende op die aandelen is, sluit dus niet uit dat zij als verkoper van de aandelen kan gelden. Tevens sluit het feit dat zij ook als bemiddelaar optreedt, hetgeen volgens financiële toezichtwetgeving als effectenbemiddeling geldt en civielrechtelijk als lastgeving kan worden gekwalificeerd, niet uit dat er tevens sprake is van koop.

b) Een zaak

Bij effectenleaseovereenkomsten gaat het niet om de koop van een zaak, maar om koop van vermogensrechten. Art. 7A:1576 lid 1 BW spreekt weliswaar slechts over een zaak, maar art. 7A:1576 lid 5 BW bepaalt dat de regels van koop op afbetaling ook toepassing vinden op vermogensrechten, voor zover dat in overeenstemming is met de aard van het recht. De Hoge Raad bevestigt in zijn arrest van 28 maart 2008, NJ 2009/578, m.nt. Jac. Hijma (*Dexia Bank Nederland/Van Tuijl c.s.*) dat koop op afbetaling ook een vermogensrecht (aandelen) als object kan hebben. Dit is minder vanzelfsprekend dan het op eerste gezicht lijkt, zoals Hijma in zijn noot bij het arrest opmerkt. Art. 7A:1576 lid 5 BW verklaart de bepalingen over de koop op afbetaling van overeenkomstige toepassing op vermogensrechten voor zover dat in overeenstemming is met het recht. Dat is niet hetzelfde als kwalificatie als huurkoop. Men zou zelfs kunnen redeneren: het is duidelijk iets anders, en daarom is het nodig de regels van overeenkomstige toepassing te verklaren. De schakelbepaling van de algemene kooptitel, art. 7:47 BW, formuleert het anders (en beter): 'Een koop kan ook op een vermogensrecht betrekking hebben. In dat geval zijn de bepalingen van de vorige afdelingen van toepassing voor zover dit in overeenstemming is met de aard van het recht.' 'Een koop kan ook op een vermogensrecht betrekking hebben' geeft mijns inziens aan dat koop van een vermogensrecht valt onder de wettelijke definitie van koop. Dat is iets anders dan een afdeling van overeenkomstige toepassing verklaren.

Het resultaat is overigens in beide gevallen dat de lessee de regels van koop op afbetaling of huurkoop kan invoeren. Toch is hiermee de kous niet af. Het

⁹ I.c. ging het om een giraal effectentegoed; de lessee kreeg dus een vordering 'in de aandelen'. Dit betreft een vordering op naam en daarmee een vermogensrecht. De kooptitel is evenwel via de schakelbepaling art. 7:47 ook van toepassing op koop van vermogensrechten. T.a.v. aandelenlease was daar al eerder door de Hoge Raad over beslist, zie hierna onder b).

verschil in formulering is relevant bij de vraag naar de toepasselijkheid van art. 1:88 lid 1 sub d BW. Zou men vasthouden aan de zienswijze dat art. 7A:1576 lid 5 BW niet met zich meebrengt dat het gaat om een koop op afbetaling, maar louter om een overeenkomstige toepassing van de desbetreffende wetsbepalingen, dan zou art. 1:88 lid 1 sub d BW strikt genomen niet van toepassing zijn. Dat is evenwel niet de uitkomst van de procedure bij de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt dat uit zowel de tekst als de wetgeschiedenis van art. 7A:1576 lid 5 BW blijkt dat koop op afbetaling met betrekking tot vermogensrechten mogelijk is. Uit de wetgeschiedenis is af te leiden dat de wetgever niet heeft willen breken met de onder het oude recht bestaande regeling van koop op afbetaling van goederen, waaronder toen zowel zaken als vermogensrechten vielen; de vermogensrechten vielen toen onder de wettelijke omschrijving.¹⁰ Het gaat hier dus om een, m.i., minder zuivere redactie van art. 7A:1576 lid 5. De letterlijke tekst van de wet zou een andere interpretatie mogelijk maken, maar de wetgever heeft kwalificatie als koop op afbetaling willen handhaven.¹¹ Het zou overigens ook niet voor de hand liggen om bij koop op afbetaling hieromtrent anders te oordelen dan bij gewone koop.

c) Aflevering

De verkoper dient de verkochte zaak in eigendom over te dragen en af te leveren (art. 7:9 BW). De verplichting tot aflevering staat ook in de wettelijke omschrijving van koop op afbetaling in art. 7A:1576 BW en van huurkoop in art. 7A:1576h BW. De vraag of er bij aandelenlease wel sprake is van zodanige aflevering kwam aan de orde in HR 28 maart 2008, NJ 2009/578, m.nt. Jac. Hijma (*Dexia Bank Nederland/Van Tuijl c.s.*) en HR 9 juli 2010, NJ 2010/438 (*Van Onna/Dexia*).

De Hoge Raad bevestigt in eerstgenoemd arrest dat in de vorm van aandelenlease die in casu aan de orde was, aan dit vereiste is voldaan. Bij een koop onder eigendomsvoorbehoud, zoals aan de orde was,¹² moet onder aflevering worden verstaan dat de koper het genot van de aandelen verkrijgt. De levering van aandelen geschiedt ingevolge art. 17 Wge door bijschrijving op naam van de verkrijger in de administratie van de aangesloten instelling. Een voorwaardelijke administratie van de aandelen op naam van de koper waardoor vanaf dat moment aan hem alle baten en waardeveranderingen toekomen, is voldoende om tot aflevering te concluderen, ook al mag de koper nog niet alle aan de aandelen verbonden rechten uitoefenen. Door de overdracht onder opschortende voorwaarde is de koper nog niet de volledig

¹⁰ Zie conclusie plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense nr. 13-14 en de noot van Hijma onder het arrest.

¹¹ Het verdient daarom m.i. aanbeveling dat in het conceptwetsvoorstel 'consumentenkrediet-overeenkomsten, goederenkrediet en geldlening' de formulering van voorgesteld art. 7:100 BW wordt aangepast. Nu is daarin de tekst van art. 7A:1576 lid 5 BW overgenomen. Beter zou de formulering van art. 7:47 BW kunnen worden overgenomen.

¹² Met dien verstande dat 'eigendom' hier gelezen moet worden als toebehoren, aangezien het geen zaken betreft, maar vermogensrechten.

rechthebbende op de aandelen geworden, maar draagt hij wel het volledige risico van de waardeontwikkeling van de aandelen, verkrijgt hij krachtens de overeenkomst recht op het uit het aandeel voortvloeiend dividend, en heeft hij ook het genot ervan.

Vervolgens is in HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/438 (*Van Onna/Dexia*) bepaald dat eveneens sprake is van aflevering in de zin van art. 7A:1576h lid 1 BW indien de aan de klant toekomende dividenden worden verrekend met de door hem verschuldigde premies. Ook in dat geval heeft de klant het genot van de aandelen.

d) Betaling in termijnen

De wettelijke omschrijving van koop op afbetaling vereist een betaling in termijnen, waarvan er ten minste twee verschijnen nadat de zaak aan de koper is afgeleverd (art. 7A:1576 lid 1 BW). De Hoge Raad heeft evenwel in HR 23 december 2011, *NJ* 2014/22, m.nt. Jac. Hijma (*Roozendaal-van Kempen/Achmea*) een effectenleaseproduct waarbij op het eerste gezicht geen sprake lijkt van termijnbetalingen, desalniettemin onder de omschrijving van de koop op afbetaling gebracht. Daartoe doet de Raad een beroep op de strekkingsbepaling van art. 7A:1576 lid 3 BW, die, aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis,¹³ beoogt te voorkomen dat de wettelijke bescherming van de (huur)koper wordt ontgaan doordat de desbetreffende overeenkomst in een bepaalde vorm wordt gegoten. In de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld genoemd van de overeenkomst, of een samenstel van overeenkomsten, waarbij contant wordt betaald, maar de verkoper aan de koper een lening verstrekt onder het beding van terugbetaling in termijnen. De Hoge Raad ontleent hieraan dat door de geldleenconstructie moet worden heen gekeken en de geldelijke verplichtingen in ogenschouw moeten worden genomen die, onder welk etiket ook, de klant op zich heeft genomen. Een gedeelte van de koopsom moet immers in maandelijkse termijnen worden voldaan en een deel aan het einde van de looptijd. Ook al zijn de maandelijkse termijnen vormgegeven als rente over een lening, dan wel als rente over de schuldig gebleven koopsom, toch heeft de overeenkomst volgens de Hoge Raad in het licht van art. 7A:1576 lid 3 BW onmiskenbaar dezelfde strekking als een koop en verkoop op afbetaling. Dit 'heenkijken door de geldleenconstructie' herhaalt de Hoge Raad in HR 13 juli 2012, *NJ* 2014/23, m.nt. Jac. Hijma (*Ohra/Gruia*).

e) Opschortende voorwaarde van betaling (eigendomsvoorbehoud)

Huurkoop is volgens de wettelijke omschrijving van art. 7A:1576h BW een koop op afbetaling onder eigendomsvoorbehoud. In sommige aandelenleaseovereenkomsten is de opschortende voorwaarde van betaling als zodanig opgenomen, zodat dit element van de wettelijke omschrijving niet tot discussie leidt. Maar hoe te denken over andersoortige constructies?

¹³ *Kamerstukken II* 1933-1934, 431, nr. 3, p. 8.

In de eerdergenoemde zaak *Ohra/Gruia* had het hof bepaald dat een constructie waarbij een openbaar pandrecht van de bank rust op (een vordering in) de aandelen, in wezen hetzelfde effect heeft als levering van de aandelen onder opschortende voorwaarde van betaling.¹⁴ Door de mededeling van het pandrecht raakt de lessor (Ohra) inningsbevoegd op grond van art. 3:246 BW. Het pandrecht eindigde pas als de lessee aan zijn betalingsverplichtingen had voldaan en pas dan kon de lessee over (de vordering in) zijn aandelen beschikken. Het hof oordeelde dat deze constructie dezelfde strekking heeft als een overeenkomst van huurkoop en derhalve ingevolge art. 7A:1576h lid 2 BW als een huurkoopovereenkomst is aan te merken. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.

5. De aanzuigende werking van de benoemde overeenkomst

In de bovenstaande arresten zijn bekende rechtsvindingsargumenten te ontwaren, waarbij de wetsgeschiedenis en de strekking van de wet de boventoon voeren. Samenvattend zou men dat uitleg van de wet kunnen noemen. In een enkel geval (bij art. 7A:1576 lid 5 BW) prevaleren de kenbare wetsgeschiedenis en de kennelijke bedoeling van de wetgever boven de letterlijke tekst van de wet. Er is ook ruimte voor de uitleg van de overeenkomst, maar de bedoeling van de partijen wordt uitgelegd tegen de achtergrond van de wettelijke bepaling van huurkoop en koop op afbetaling. Bezien wordt wat partijen in essentie zijn overeengekomen, en of dat, ook in essentie, neerkomt op een koopovereenkomst (in één van beide genoemde varianten). Het beeld dat voor mijn geestesoog verschijnt is dat van een overeenkomst die 'kleiner' gemaakt wordt, namelijk teruggebracht tot haar essentie, en een wetbepaling die 'groter' gemaakt wordt, dit laatste in een samenspel van wetgever, rechter en één der partijen. Ik zal dit beeld nu toelichten.

Dit 'kleiner' maken van de overeenkomst en het 'groter' maken van de wetbepaling komt regelmatig voor bij de kwalificatie van onbenoemde overeenkomsten.¹⁵ De wettelijke omschrijving van benoemde overeenkomsten heeft een aanzuigende werking. Dit heeft consequenties die ik niet louter als positief beoordeel. Een te snel aangenomen kwalificatie als benoemde overeenkomst kan onder meer leiden tot een beperking van de contractvrijheid van partijen, daar niet genoeg acht wordt geslagen op wat partijen zelf zijn overeengekomen. Bovendien wordt de flexibiliteit van het contractenrecht ingeperkt.¹⁶ Het heeft daarom mijn voorkeur

¹⁴ HR 13 juli 2012, *NJ* 2014/23, m.nt. Jac. Hijma.

¹⁵ *Asser/Houben* 7-X 2015/21-22.

¹⁶ C.H.J. Brunner, 'De opdracht', *WPNR* 1974/5285 en 5286, p. 783. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982, p. 740-748; M. Stoffels, *Gesetzlich niet geregelte Schuldverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 119.

dat de uitleg van het contract bij onbenoemde overeenkomsten als uitgangspunt geldt en dat de wettelijke omschrijving niet meteen op de voorgrond treedt.

De praktijk is evenwel een andere, om verscheidene redenen.¹⁷ Bij de kwalificatie van aandelenleaseovereenkomsten zien we al deze redenen in sterke mate in de argumentatie van de rechter naar voren komen. Een aandelenleaseovereenkomst blijkt dan ook een type 'onbenoemde' overeenkomst dat heel slechte papieren heeft om uit het sleepnet van de wettelijke kwalificatie te blijven.

Een eerste reden voor het 'groter' maken van de wettelijke bepalingen en het 'kleiner' maken van de overeenkomst, is dat juist bij de benoemde contracten relatief veel dwingend recht voorkomt, meer dan elders in het contractenrecht. Er is immers een reden voor de beslissing van de wetgever om een type contract van een bijzondere regeling te voorzien, en die reden is niet zelden de bescherming van één der partijen. In dat geval dient dwingend recht om te bewerkstelligen dat de gewenste bescherming ook wordt geëffectueerd. Het beschermingsbereik van deze dwingendrechtelijke bepalingen kan dan nog worden versterkt door het in de wet opnemen van strekkingsbepalingen, zoals ook uit de in deze bijdrage besproken jurisprudentie blijkt.

Ten tweede bestaat de neiging, bij iedere jurist, niet louter bij rechters, om een overeenkomst als benoemde overeenkomst te kwalificeren.¹⁸ Dat levert namelijk duidelijkheid op: er is een mal in de wet te vinden. De rechtsvinding wordt vereenvoudigd: een deel van de rechten en verplichtingen van partijen is in de wet te vinden, en voor zover zij daarin niet geregeld zijn, kunnen uit hetgeen wel geregeld is, toch contouren worden afgeleid, bijvoorbeeld hoe de risicoverdeling tussen partijen is, of hoe de partijen door de wetgever worden gezien (een beschermenswaardige zwakke partij of twee commerciële partijen, bijvoorbeeld). Deze neiging is overigens ook een uitvloeisel van het type redeneren waaraan juristen gewoon zijn en waarin zij geschoold zijn: het onderbrengen van feiten, een casus, een geval, onder een regel (subsumptie). Dat is wat hier in wezen ook gebeurt: het onderbrengen van een overeenkomst bij een wettelijk geregelde overeenkomst.

In aanvulling hierop, ten derde, is natuurlijk cruciaal hetgeen partijen zelf aanvoeren; althans als we het hebben over de rechter die een overeenkomst dient te kwalificeren. De schrijver van een bijdrage in een *liber amicorum* moge zich de vrijheid veroorloven wenselijke uitgangspunten te formuleren; de rechter is uiteraard gebonden aan het partijdebat, in welk debat een der partijen aanvoert dat de in het geding zijnde overeenkomst als een huurkoopovereenkomst gekwalificeerd dient te worden. Dit punt van het partijdebat en de rol die de inrichting van het proces speelt bij de rechtsvinding door de rechter, wordt volgens Snijders

¹⁷ Asser/Houben 7-X 2015/22.

¹⁸ Zie C.H.J. Brunner, 'De opdracht', *WPNR* 1974/5285 en 5286; M. Stoffels, *Gesetzlich niet geregelte Schuldverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 179.

nogal veronachtzaamd. Hij wijst er onder meer op dat bij deze procesdebatten niet veel strategie van de rechter zelf komt kijken.¹⁹

6. Tot slot

De meest in het oog springende factor bij de interpretatie van de wettelijke bepalingen inzake huurkoop en koop op afbetaling bij de kwalificatie van aandelenleaseovereenkomsten is *de door de wetgever gewilde* bescherming van de huurkoper. Het is de wetgever die de ‘zwakkere partij’, de huurkoper, in bescherming heeft willen nemen, door de regeling van dwingend recht te verklaren, alsmede door het werkingsbereik van de regeling uit te breiden, zowel door het van overeenkomstige toepassing verklaren op vermogensrechten als door het opnemen van strekkingsbepalingen. Dat is een belangrijk gegeven, omdat de rechter hier dus niet zonder meer zijn eigen interpretatie van de beschermingsbehoefte van de huurkoper volgt, maar uitdrukkelijk verwijst naar de (strekking van de) wetgeving. De wetgever heeft met name door middel van de strekkingsbepalingen een groot sleepnet uitgeworpen, waar van alles mee gevangen wordt.²⁰ De behoefte om deze kopers vergaand te beschermen, komt voort uit het feit dat zij zich in de schulden steken om een zaak aan te schaffen, met de bijkomende rentekosten. Nu kan hier wat mij betreft bij aandelenlease wel een kanttekening worden gemaakt: weliswaar is er sprake van het kopen op krediet, in die zin dat er wordt belegd met geleend geld, maar de problemen van de klanten zijn veelal niet voortgekomen uit het niet kunnen betalen van de maandelijkse rente (en eventueel aflossing), maar door de tegenvallende beleggingsresultaten, waardoor een restschuld overbleef. In wezen is dat toch een ander type risico dan de aanschaf van een “home cinema set” door mensen die zich dat niet kunnen veroorloven. Overigens gaat het bij aandelenlease wat mij betreft om een type risico waar, vanwege de ondoorzichtigheid van het aangeschafte product voor veel mensen, nog dringender bescherming noodzakelijk is dan bij een ‘gewone’ koop op afbetaling, maar dat betekent niet dat een dergelijke overeenkomst daarom als koop op afbetaling zou dienen te worden gekwalificeerd. Bescherming tegen dit informatietekort zou via de daardoor geijkte instrumenten kunnen verlopen, bijvoorbeeld door een beroep op dwaling te doen. Dit is, zoals bekend, in rechte ook beargumenteerd,

19 H.J. Snijders, ‘Door labyrinten en Gnossiennes. Van heuristiek naar legitimatie’, in: *Ex libris Hans Nieuwenhuis* Deventer: Kluwer 2009, p. 277. Vgl. in iets ander verband Bakels, die erop wijst dat bij uitleg van uitspraken van de Hoge Raad het verband tussen de bestreden uitspraak, de cassatiemiddelen en de uitspraak als cassatierechter onvoldoende in het oog wordt gehouden. F. Bakels, ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, *AAe* 2015, p. 927-938.

20 Zie bijv. ook recentelijk de kwalificatie van een telefoonabonnement als koop op afbetaling: HR 13 juni 2014, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (prejudiciële vraag) en het ‘vervolg’: HR 12 februari 2016, *ECLI:NL:HR:2016:236*.

maar een schending van de informatieplicht door de aanbieders wordt niet zonder meer aangenomen.²¹

Wat hier ook van zij, de rechter maakt van het ruime sleepnet dankbaar gebruik bij de kwalificatie van leaseovereenkomsten als koop of afbetaling c.q. huurkoop. Een andere kwalificatie was immers verdedigbaar geweest, gezien het feit dat op vrijwel ieder onderdeel van de wettelijke omschrijving een debat mogelijk was en ook heeft plaatsgevonden. Met betrekking tot de kwalificatie van effectenleaseovereenkomsten hebben de (hogere) burgerlijke rechters de speelruimte, hen door de wetgever geboden, evenwel willen benutten ter bescherming van de lessee. En dat is dan weer in lijn met de tweede stelling bij de dissertatie van Snijders, die luidt:

‘In de praktijk der rechtsvinding blijkt het zeer zelden voor te komen dat de wet een naar de opvatting van de burgerlijke rechter apert onredelijke oplossing geeft voor de aan hem voorgelegde vraag. Daarvoor is de speelruimte van de wet meestal te groot. Maar als de wet wel botst met de rechtsopvatting van de burgerlijke rechter, dan schroomt deze niet, de wet opzij te zetten.’

²¹ Zie de ‘juni-arresten’ HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 (*Dexia/De Treek*); NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*) en NJ 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting GeSp/Aegon Bank*).

Stedelijke erfpacht in transitie

Pim Huijgen¹

I. Inleiding

Henk Sniijders heeft zich in zijn zeer lange universitaire loopbaan op het gebied van het burgerlijk recht met name beziggehouden met twee deelgebieden, te weten het burgerlijk procesrecht en het goederenrecht. Op het gebied van het goederenrecht springt zijn handboek *Goederenrecht* dat hij tezamen met mevrouw E.B. Rank-Berenschot schreef in de studiereeks Burgerlijk recht eruit alsmede – natuurlijk – zijn vele annotaties.²

Aangezien ik als notarieel jurist de interesse van Henk in het goederenrecht deel, gaat mijn hiernavolgende bijdrage over een goederenrechtelijk onderwerp te weten de meer recente ontwikkelingen rond stedelijke erfpacht.

Ruim twintig jaar geleden schreef ik in het preadvies *Erfpacht* voor de Koninklijke Notariële Broederschap dat naar mijn mening reeds op grond van toenmalige ontwikkelingen aan stedelijke erfpacht in beginsel geen behoefte meer bestond tenzij men erfpacht zou willen hanteren als financieringsinstrument of als vorm van gronduitgifte voor bedrijven.³ Ik ben in die tijd om die opvatting gekapitteld omdat in een stedelijke samenleving als de onze toch immers behoefte zou bestaan aan een elastisch zakelijk gebruiksrecht zoals het recht van erfpacht is.⁴ Nu, ruim twintig jaren later kan geconstateerd worden dat vrijwel alle gemeenten die de rechtsfiguur van (stedelijke) erfpacht als vorm van gronduitgifte hanteerden ten aanzien van woningbouw daar ofwel mee zijn gestopt dan wel een hele bijzondere vorm van erfpacht gebruiken te weten eeuwigdurende erfpacht met de mogelijkheid van eeuwigdurende afkoop van de canon. Deze laatste vorm van erfpacht kan gelijkgesteld worden met eigendom in economische zin⁵ omdat de erfpachter zijn recht voor onbepaalde tijd verkrijgt en – na afkoop van de canon – geen financiële

¹ Prof. mr. W.G. Huijgen is hoogleraar Notarieel recht aan de Universiteit Leiden.

² Zie voor wat betreft het goederenrecht (mede) o.a.: HR 25 januari 1991, NJ 1992/172 (*Van Berkel/Tribosa*); HR 17 januari 2003, NJ 2004/281 (*Oryx/Van Eesteren*); HR 20 september 2013, NJ 2014/522 (*Rotterdam/Eneco*).

³ Zie: W.G. Huijgen, 'Erfpacht en publiekrecht', in: *Erfpacht* (Preadviezen voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap KNB 1995), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 165.

⁴ Zie in die zin: J. de Jong, 'Erfpacht, bespreking preadvies "Erfpacht" van de KNB', *WPNR* 1995/6190, p. 526.

⁵ Zie in die zin: *Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels* 5* 2008/212.

verplichtingen meer heeft jegens de erfverpachter terwijl het volledige belang bij het goed hem voortaan aangaat.⁶ De vraag rijst: waarom is het zover gekomen dat stedelijke erfpacht ten aanzien van woningbouw inderdaad volledig op zijn retour is?

2. Hoe was het ook alweer?

Wat zijn in het – langzamerhand verre – verleden de redenen geweest om in een aantal gemeenten in Nederland gronden voor woningbouw in erfpacht te gaan uitgeven?⁷ In hoofdzaak kunnen twee redenen worden genoemd die vanaf het begin een belangrijke rol hebben gespeeld om gronden – ook voor woningbouw – voortaan niet meer in eigendom uit te geven maar in erfpacht. In de eerste plaats moet men zich dan realiseren dat eind negentiende eeuw en begin twintigste eeuw gemeenten nauwelijks bestuursrechtelijk instrumentarium tot hun beschikking hadden om grondgebruik en aanvankelijk zelfs ook de kwaliteitseisen ten aanzien van bouwen langs publiekrechtelijke weg te reguleren. Wilde de gemeente derhalve grip houden op de desbetreffende gronden, bijvoorbeeld inzake gebruiks- en bestemmingsvoorschriften, kwaliteitseisen voor de bouw en het dulden van bepaalde (technische) voorzieningen aan panden, dan was erfpacht een ideaal instrument om dergelijke voorschriften in de erfpachtvoorwaarden vast te leggen. Dergelijke erfpachtvoorwaarden maken immers in beginsel onderdeel uit van het zakelijk recht van erfpacht en blijven derhalve gelden tussen de erfverpachter (gemeente) en de opvolgende erfpachters.

Een tweede belangrijke reden bestond meer uit een politiek adagium van destijds, te weten dat met name bij meer linkse partijen de gedachte had postgevat dat de waardevermeerdering van gronden in beginsel aan de gemeenschap ten goede diende te komen. Door grond voor bepaalde tijd in erfpacht uit te geven en van de erfpachter de betaling van een – in latere jaren ook geïndexeerde – canon te verlangen, werd deze doelstelling gerealiseerd. Na het verstrijken van de bepaalde termijn waarvoor

6 Het erfpachtrecht kan in dergelijke gevallen niet meer beëindigd worden door de erfverpachter behoudens in bijzondere in de erfpachtvoorwaarden omschreven gevallen zoals opzegging op grond van art. 5:87 lid 2 BW dan wel op grond van het algemeen belang. Daarnaast moet de erfpachter zich houden aan bepaalde in de erfpachtvoorwaarden omschreven verplichtingen, zoals die inzake bestemming en gebruik.

7 Deze gemeenten liggen vrijwel allen in de Randstad. De eerste gemeente die begon met stedelijke erfpacht is de gemeente Amsterdam die vanaf het jaar 1896 begon met uitgifte van gronden in erfpacht. Amsterdam werd gevolgd door de gemeente 's-Gravenhage vanaf 1913 en nadien successievelijk door de meeste grote steden in het westen van het land zoals Utrecht, Rotterdam, Leiden, Delft etc. Zie voor een verder overzicht: A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: *Erfpacht* (Preadviezen voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap 1995), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, par. 1.2 (De huidige situatie).

het recht was uitgegeven kon immers heruitgifte van een nieuw recht plaatsvinden tegen een nieuwe – hogere – canon. De bepalingen inzake vastlegging en mogelijke aanpassing van de canon werden daarbij in de loop der jaren steeds uitvoeriger. Zo gingen geleidelijk de meeste gemeenten ook werken met een tussentijdse herwaardering van de gronden zodat de waardeestijging in een nieuwe canon kon worden verdisconteerd en vastgelegd, welke nieuwe canon op zijn beurt ook weer geïndexeerd was. Het feit dat de koopprijs voor de grond door middel van betaling van een periodieke canon in beginsel economisch als een koop op afbetaling zou kunnen worden geduid, was tegelijkertijd – met name in economisch moeilijke tijden – voor aspirant erfpachters aantrekkelijk omdat zij dan niet in één keer de koopsom voor de grond behoeften te betalen maar deze in een reeks van jaren konden voldoen.

3. Redenen voor een koerswijziging

De vraag kan rijzen waarom stedelijke erfpacht voor woningbouw sedert het begin van de 21^e eeuw als vorm van gronduitgifte – behoudens in de bijzondere vorm van eeuwigdurende erfpacht met mogelijkheid van eeuwigdurende afkoop van de canon – vrijwel helemaal op zijn retour is. Daarvoor bestaan in hoofdzaak drie redenen. De eerste reden is vrijwel zuiver juridisch van aard. De tweede reden heeft ook een politieke dimensie. De derde reden is eerst naar voren gekomen sinds de economische recessie van 2008. Een belangrijke reden om niet langer gronden met name voor woningbouw in de vorm van erfpacht uit te geven is de uitbouw en ontwikkeling van het ruimtelijk bestuursrecht. Geleidelijk aan is bij gemeenten het besef doorgedrongen dat zij in de vorm van talloze bestuursrechtelijke regelingen een zodanig breed instrumentarium hebben om het gebruik van gronden langs publiekrechtelijke weg te reguleren dat de rechtsfiguur van erfpacht met de daarbij horende erfpachtvoorwaarden niet langer nodig is.⁸

Deze gedachte werd nog versterkt toen de Hoge Raad in het *Windmill*-arrest⁹ de zogenaamde tweewegenleer verliet en heel kritisch oordeelde over het gebruik van privaatrechtelijke rechtsfiguren op gebieden waar de overheid langs publiekrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat kon bereiken. Deze kritische benadering in de zogenaamde doorkruisingsleer van de Hoge Raad leidde in een aantal gevallen tot het oordeel van de rechter dat een rechtshandeling van de overheid van privaatrechtelijke aard – wanneer deze inderdaad een onaanvaardbare doorkruising vormde van publiekrecht – nietig was wegens strijd met die (publiekrechtelijke) regeling.¹⁰

8 Men zie in dit verband bijv. de Woningwet, Wet op de ruimtelijke ordening, Huisvestingswet, Onteigeningswet en Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

9 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393, m.nt. M. Scheltema onder *NJ* 1991/394.

10 Zie in die zin bijv. Rb. Amsterdam 24 november 1994, *BR* 1995, p. 131 (*Tropisch hardhout-verbod Uithoorn*).

Weliswaar heeft de doorkruisingsleer tot op heden ten aanzien van grondgebruiksbepalingen – waartoe ik in dit verband ook erfpachtvoorwaarden reken – nog niet tot heel ernstige gevolgen geleid omdat de Hoge Raad daar in feite – kort gezegd – voor is teruggedeinsd wat betreft de consequenties in het bekende *Lelystad*-arrest.¹¹ De Hoge Raad oordeelde in laatstgenoemd arrest immers dat een grondgebruiksbeeping niet als strijdig met de RO en het bestemmingsplan kon worden geoordeeld gezien het feit dat dit tot te veel rechtsonzekerheid wat betreft al dergelijke grondgebruiksbepalingen zou leiden en dat dergelijke consequenties de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gingen. Kortom, er ligt hier tot op de dag van vandaag een taak voor de wetgever. De dreiging van rechtsonzekerheid door genoemde doorkruisingsleer van de Hoge Raad wat betreft grondgebruiksbepalingen – ook ten aanzien van erfpacht – heeft echter wel zijn schaduw vooruit geworpen in die zin dat steeds meer de vraag is gerezen of gemeenten wel met uitvoerige sets van erfpachtvoorwaarden het grondgebruik in hun gemeente – met name wanneer het betrof woningbouw – moesten willen reguleren. Daarnaast is dat op die wijze ook niet meer nodig gezien het ruime publiekrechtelijk instrumentarium waarover de overheid beschikt.

De tweede reden om erfpachtsystemen ten aanzien van woningbouw in de steden af te bouwen is meer van een politieke dimensie. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, is het met name een stelling van linkse partijen geweest dat de waardestijging van gronden aan de gemeenschap ten goede moest komen. Toen het politieke landschap rond de eeuwwisseling ging schuiven en – met name in Rotterdam – Leefbaar Rotterdam grote overwinningen in de verkiezingen behaalde, is deze stad vooropgegaan met het grootschalig afbouwen van stedelijke erfpacht. Kort samengevat komt het erop neer dat Rotterdammers in beginsel in de gelegenheid werden gesteld om de blooteigendom van hun woningen te verwerven en op die manier stedelijke erfpacht ten aanzien van woningbouw te beëindigen. Na de verkrijging van de blooteigendom door de erfpachter gaat het erfpachtrecht immers door vermenging teniet.¹² Deze benadering is na een aantal jaren overgenomen door tal van andere steden zoals bijvoorbeeld in de gemeenten Den Haag, Leiden en Schiedam.

Meer terzijde kwam daar nog een derde reden voor beëindiging van stedelijke erfpacht wat betreft woningen bij die voortkwam uit economische ontwikkelingen. Immers, sedert de crisis van 2008 zijn met name financiële instellingen zoals banken zich gaan realiseren dat het hypothecair financieren van de verkrijging van erfpachtrechten niet zonder risico is. Die erfpachtrechten kennen immers – zoals hierboven reeds naar voren kwam – uitvoerige canonparagrafen waarin gemeenten steeds meer de mogelijkheid hadden geschapen om tussentijds de canon door middel van hertaxaties en indexering van de canon te verhogen met alle ingrijpende gevolgen van dien voor de erfpachter in – met name – economisch zwakke tijden.

¹¹ HR 8 juli 1991, NJ 1991/691, m.nt. M. Scheltema.

¹² Zie art. 3:81 lid 2 sub e BW.

Men denke daarbij ook aan de situatie dat een erfpachter werkloos wordt of van echt gaat scheiden.

Daarnaast speelt in tal van gemeenten de problematiek van zogenaamde aflopende erfpachten, dat wil zeggen erfpachtrechten die gaan verstrijken omdat zij in het verleden voor een bepaalde duur – bijvoorbeeld voor een periode van 50 of 75 jaren – zijn uitgegeven. Die oude erfpachtrechten voor bepaalde tijd kenden veelal vaste canons die door onder andere de inflatie gedurende tientallen jaren in feite van een (te) laag niveau waren ten opzichte van de waarde in het economisch verkeer van het erfpachtrecht. Loopt het erfpachtrecht in zo'n situatie af, dan gaat de gemeente over tot heruitgifte van nieuwe rechten, maar dan tegen veel hogere nieuwe canons. Ook dit houdt risico's in voor de hypothecaire financier. De bewoner van de desbetreffende woning ziet zich immers geconfronteerd met veel hogere canonlasten. Kortom, banken zijn eisen gaan stellen aan erfpachtrechten, met name wanneer het zogenaamde particuliere erfpachtrechten betreft, dat wil zeggen erfpachtrechten die niet zijn uitgegeven door overheden zoals de staat of de gemeenten.¹³ Maar tevens hebben de banken toen aangekondigd op termijn ook overheidserfpachten kritisch te gaan benaderen en slechts hypothecaire financiering te geven wanneer die erfpachtrechten aan allerlei eisen zouden voldoen, bijvoorbeeld op het gebied van een éénduidige en redelijke canonontwikkeling. Ook dit laatste argument is van belang geweest voor de koerswijziging van gemeenten wat betreft de afbouw van stedelijke erfpachtsystemen dan wel het overstappen naar de rechtsfiguur van eeuwigdurende erfpacht met tevens de mogelijkheid van eeuwigdurende afkoop van de canon.

4. De nieuwe situatie rond stedelijke erfpacht

De nieuwe situatie rond stedelijke erfpacht die stapsgewijs, afhankelijk van de situatie in de desbetreffende gemeente, aan de orde is, is mede afhankelijk van de vormen van erfpacht die de desbetreffende gemeente in het verleden hanteerde. Wat betreft die nieuwe ontwikkelingen is Rotterdam in dit verband grof gezegd vooropgegaan¹⁴ en vormt Amsterdam in dit dossier de hekkensluiter. De in het verleden vigerende systemen van stedelijke erfpacht kunnen globaal in drie categorieën worden ingedeeld. Allereerst is daar het systeem van uitgifte in erfpacht voor bepaalde tijd, veelal 75 jaren, zonder mogelijkheid van tussentijdse wijziging/verlenging van het recht. Dit systeem, dat bijvoorbeeld vele decennia in

¹³ Zie daarover: F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het erfpachtrecht* (diss. Groningen 2013), Den Haag: BJu 2013, p. 42 e.v. alsmede W. Snijders, 'Erfpacht van woningen met een particuliere erfverpachter', *WPNR* 2014/7042, p. 1164 e.v.

¹⁴ Dat is niet geheel juist want al eerder waren Arnhem, Delft, Purmerend, Spijkenisse en Wageningen begonnen met omzetting van erfpacht in eigendom. Deze gemeenten hadden echter – ook relatief gezien – veel minder gronden in erfpacht uitgegeven dan de grote steden. Zie Van Velten 1995.

Den Haag heeft gegolden, leidt tot de problematiek van de zogenaamde aflopende erfpachten. Door het verstrijken van de termijn waarvoor het recht is uitgegeven eindigt het recht met dien verstande dat wanneer de erfpachter de zaak op dat tijdstip niet heeft ontruimd, de erfpacht blijft doorlopen tenzij de erfverpachter uiterlijk zes maanden na dat tijdstip heeft doen blijken dat hij het recht als geëindigd beschouwd. Daarna kan de erfverpachter het erfpachtrecht steeds opzeggen op een termijn van een jaar.¹⁵ De vele vragen waar de problematiek van aflopende erfpachtrechten en de daarop volgende heruitgifte toe leidt, laat ik hier buiten beschouwing omdat dit het bestek van dit artikel te buiten zou gaan. Dat laat onverlet dat erop moet worden gewezen dat de problematiek van aflopende rechten en heruitgifte laat zien dat de rechtsfiguur van erfpacht – anders dan bij eigendom – leidt tot tal van vragen en kostbare administraties aan de kant van gemeenten die geen pluspunt vormen van deze vorm van gronduitgifte.

Het tweede type erfpachtrechten is ongeveer dertig jaar geleden ontstaan in reactie op de problematiek van aflopende erfpachten en heruitgifte. Men wilde al deze problemen voor de toekomst voorkomen maar – in die tijd – toch nog aan het instrument van stedelijke erfpacht vasthouden door over te gaan tot uitgifte in eeuwigdurende erfpacht met de mogelijkheid – geen verplichting – om ook de canon eeuwigdurend af te kopen. Aldus ontstond in feite voor de erfpachters een vorm van economische eigendom. Deze wijze van uitgifte in erfpacht is voor het eerst toegepast in de gemeente 's-Gravenhage in 1986 en vervolgens vrij populair geworden in tal van andere gemeenten als eerstvolgende in de gemeente Utrecht. De derde en laatste belangrijke variant van stedelijke erfpacht betreft uitgifte in voortdurende erfpacht. Dit systeem kent men al heel lang in Amsterdam. De voortdurende erfpacht is op zichzelf een vorm van eeuwigdurende erfpacht maar in die zin heel bijzonder omdat in de algemene bepalingen van erfpacht daaraan is toegevoegd dat de gemeente bevoegd is eenzijdig de erfpachtvoorwaarden te wijzigen en dat het voortdurende erfpachtrecht wordt verdeeld in tijdvakken van vijftig jaar. Steeds na het verloop van die vijftig jaren kan de gemeente zowel de algemene bepalingen van erfpacht herzien als overgaan tot een hertaxatie van de desbetreffende onroerende zaak en de canon geheel opnieuw vaststellen en weer indexeren. De laatste jaren is tegen dit systeem van erfpacht, waarbij men na het verstrijken van vijftig jaren in feite de grond van zijn perceel 'opnieuw moet aankopen', bijzonder veel verzet gerezen.¹⁶

Aangezien uitgifte van grond in erfpacht sedert het eind van de negentiende eeuw plaatsvindt en met name in de loop van de twintigste eeuw bij tal van gemeenten populair is geworden, is aan deze vorm van gronduitgifte ook een – wat ik nu maar kortweg noem – enorme overgangsrechtelijke problematiek verbonden. Zonder hier op de finesses van de problemen in te gaan kan erop worden gewezen dat moet

¹⁵ Zie art. 5:98 jo. art. 5:88 lid 1 BW.

¹⁶ Zie o.a. Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4595 en Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903. Zie over deze materie ook: P.A. de Hoog, 'Redelijkheid en billijkheid in het erfpachtrecht', *TBR* 2010, p. 758 e.v.

worden onderscheiden tussen erfpachtrechten die van vóór 1 januari 1992 zijn en geregeerd worden door het oude Burgerlijk Wetboek en erfpachtrechten die nadien zijn uitgegeven en worden geregeerd door het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Los daarvan komt voor dat eeuwigdurende rechten van erfpacht soms zijn uitgegeven onder het Oude BW en deze zullen blijven worden geregeerd door de bepalingen inzake erfpacht onder het Oude BW. Daarentegen kent de gemeente Amsterdam een systeem van voortdurende erfpacht waarbij – hoewel de uitgifte in voortdurende erfpacht vaak van vóór 1992 kan zijn – na vijftig jaren veelal de algemene bepalingen worden herzien alsmede de canon. Deze nieuwe algemene bepalingen zullen zijn opgemaakt met inachtneming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek en ook overigens de invloed hebben ondergaan van nieuwe ontwikkelingen in de jurisprudentie. Kortom, hier gelden tal van wettelijke regelingen en op die verschillende wettelijke regelingen gebaseerde algemene bepalingen die soms wel en soms ook niet aan de tijd zijn aangepast in alle vormen en maten.

Mijn laatste opmerking betreft een – wat ik nu maar noem – laatste mode in erfpachtland. Ook hierbij is de gemeente Rotterdam vooropgegaan. Dit betreft het feit dat erfpachters juist in die stad al snel in de gelegenheid werden gesteld om de blooteigendom van de desbetreffende onroerende zaak aan te kopen en te verkrijgen zodat het erfpachtrecht teniet ging door vermenging. Men spreekt hier ook wel kortweg van de zogenaamde erfpachtconversie. Immers, erfpacht wordt omgezet in eigendom. Van specifiek belang is hierbij nog de problematiek van de hypothecaire financiering. In beginsel lijkt de hypotheekhouder op het eerste gezicht weinig last te hebben van erfpachtconversie door art. 3:81 lid 3 BW waarin is bepaald dat degene die een beperkt recht heeft op het tenietgaande beperkte recht daarvan geen nadeel en geen voordeel ondergaat. Dit leidt bij erfpachtconversie tot een bijzondere rechtsfiguur waarbij het erfpachtrecht relatief blijft voortbestaan ten opzichte van de desbetreffende hypotheekhouder.¹⁷ Bij nader inzien is dit voor de hypothecaire financier toch problematisch omdat – wanneer het tot een executie mocht komen – de hypotheekhouder slechts een (relatief voortbestaand) erfpachtrecht in veiling kan brengen waarbij de particuliere eigenaar die eerder het erfpachtrecht converteerde in volle eigendom in dat geval na de executorialie verkoop blooteigenaar is ten aanzien van het opnieuw ontstane erfpachtrecht. Kortom, er ontstaat hier dan een vorm van particuliere erfpacht die voor nieuwe financiers in beginsel uiterst problematisch is.¹⁸ Erfpachtconversie bij appartementsrechten is al helemaal complex. Gelet op de hier ter beschikking staande

¹⁷ Zie over dit onderwerp de pittige discussie naar aanleiding van de bijdrage van G.J.C.

Lekkerkerker, 'De positie van de hypotheekhouder na een "erfpachtconversie" en de zorgplicht van de notaris', *JBN* 2003/30 met reactie van J.P.F. Kooijman en naschrift van G.J.C.

Lekkerkerker in *JBN* 2003/40 alsmede een reactie van H.I.M.Th. Breedveld en naschrift van G.J.C. Lekkerkerker in *JBN* 2003/58.

¹⁸ Banken zullen dit probleem veelal willen voorkomen door bij erfpachtconversie vestiging van een nieuwe hypotheek op de volle eigendom te eisen, hetgeen voor de erfpachter tot extra kosten leidt.

ruimte en het feit dat die problematiek al elders beschreven is,¹⁹ signaleer ik alleen het probleem en voeg daaraan toe dat ook dit bepaald geen ‘reclame’ is om voort te gaan met stedelijke erfpacht als vorm van gronduitgifte voor woningbouw.

5. Conclusie

Na het vorenstaande kan de conclusie bondig zijn. Erfpacht is vele decennialang in tal van gemeenten, met name in de Randstad, een beproefde vorm van gronduitgifte geweest ook voor woningbouw. Het is volkomen terecht dat langzamerhand alle gemeenten afstand hebben genomen van deze rechtsfiguur, tenzij het betreft zeer bijzondere gebieden waar men heel goede argumenten heeft om ook voor woningbouw ofwel een tijdelijk recht te creëren of zeer fijnmazige bijzondere regelingen op te nemen in de erfpachtvoorwaarden. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan stadsvernieuwingsgebieden. Daarbuiten zijn de nadelen van stedelijke erfpacht, zoals hierboven paragraaf 3 geschetst, te groot om voort te gaan met deze rechtsfiguur. Het is dan ook terecht dat de stedelijke erfpacht ofwel door middel van erfpachtconversie naar eigendom wordt afgebouwd dan wel in een bijzondere vorm wordt gehandhaafd te weten eeuwigdurende erfpacht met de mogelijkheid van eeuwigdurende afkoop van de canon. Langs die weg krijgen de erfpachters in feite een vorm van economische eigendom van hun onroerende zaak.

¹⁹ Zie daarover W. Louwman, ‘Inschrijving en kadastrale registratie van afkoop van in appartementsrechten gesplitste erfpacht’, *JBN* 2004/64 en W.G. Huijgen, ‘Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen’, *WPNR* 2010/6859.

Bewijsregels voor uitleg van overeenkomsten

Kasper Jansen¹

I. Het zwaard van de Hoge Raad

In zijn proefschrift *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* uit 1978 constateerde Henk Snijders dat (toen al) meer dan een vijfde van de civiele arresten van de Hoge Raad bestond uit beslissingen over vage normbestanddelen.² Daarbij maakte hij een kanttekening die tot op heden niets aan actualiteit heeft ingeboet:

‘Als de Hoge Raad een (meer) feitelijke rechter zou zijn, dan zou het percentage beslissingen over vage normbestanddelen nog veel hoger liggen: menig cassatieberoep inzake een vage norm strandt immers op het “feitelijk en in cassatie onaantastbaar”. (...) Ongetwijfeld heeft de hantering van dit zwaard door de Hoge Raad overigens een belangrijke preventieve en repressieve werking op de rechtsvorming op het stuk van de vage normen in cassatie. Die preventieve werking heb ik niet kunnen meten maar zij lijkt mij wel erg groot: advocaten zullen zich bij veelvuldige hantering van het “feitelijk en mitsdien in cassatie onaantastbaar” wel meer dan eens bedenken, voordat zij cassatieberoep instellen van een beslissing over een vaag normbestanddeel.’

Iedere cassatieadvocaat herkent dit beeld. Beslissingen over open normen kunnen partijen tot op het bot verdeeld houden,³ en toch zijn juist die beslissingen vaak zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat zij in cassatie niet of nauwelijks toetsbaar zijn. Het ‘zwaard’ dat de cassatieadvocaat gelijk Damocles boven het hoofd hangt, heeft sinds de introductie van art. 81 RO (in 1988) en 80a RO (in 2012) alleen maar aan scherpte gewonnen. Naar mijn indruk heeft dat inderdaad een belangrijke preventieve en repressieve werking op de rechtsvorming in cassatie ter zake van open normen. In deze bijdrage wil ik dat illustreren aan de hand van een leerstuk dat nagenoeg ‘non-cassabel’ mag worden genoemd: de uitleg van overeenkomsten.

¹ Mr. K.J.O. Jansen is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag en universitair docent bij de sectie Burgerlijk recht van de Universiteit Leiden.

² H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 178-179 en 215.

³ Vgl. ook Snijders 1978, p. 210, over het irrationele aspect van beslissingen over vage normen.

2. Uitleg van overeenkomsten: een kwart eeuw ongereguleerd

Ongeveer 25 jaar geleden kwam, met de invoering van het nieuw BW, een einde aan de wettelijke uitlegeregels die ons vermogensrecht tot dan toe had gekend (art. 1378-1387 OBW). Voor de praktijk bracht dat geen grote verandering. De regels werden namelijk al kort na hun invoering beschouwd als niet meer dan ‘wenken en raadgevingen’ aan de feitenrechter. De Hoge Raad deed er dus (vrijwel) niets mee en ook in de lagere rechtspraak waren ze min of meer in onbruik geraakt.⁴ Meijers rechtvaardigde de afschaffing met de overweging dat de regels ‘gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid onjuist zijn’.⁵ Dat lijkt – ook vanuit rechtsvergelijkend perspectief⁶ – het lot van vrijwel iedere (harde) uitlegregel: haast onvermijdelijk zal zo’n regel ofwel te eng en te knellend, ofwel juist te ruim en nietszeggend zijn.

De afschaffing van wettelijke uitlegeregels – en de verruiling daarvan voor een algemene referte aan ‘de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen’ (art. 6:248 lid 1 BW) – bevestigt vanuit cassatietechnisch perspectief het overwegend feitelijke karakter van contractsuitleg. Uitleg van overeenkomsten is in beginsel voorbehouden aan de feitenrechter. Zolang deze de Haviltex-maatstaf niet miskent en zijn oordeel genoegzaam motiveert, is praktisch elke uitleg ‘cassatieproof’. Daarbij geldt volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat een bepaalde uitleg niet reeds onbegrijpelijk is (in cassatietechnische zin) op de enkele grond dat een andere uitleg evenzeer mogelijk zou zijn geweest.⁷ De Hoge Raad stelt zich in uitleggeschillen dus zeer terughoudend op.⁸

De vrijheid die de feitenrechter bij uitleg toekomt, heeft als keerzijde dat procespartijen betrekkelijk weinig houvast hebben aan de Haviltex-maatstaf: de feitenrechter kan er in principe alle kanten mee op.⁹ Vanuit de rechtspraak is in het verleden meer dan eens geklaagd over dit gebrek aan sturend vermogen,¹⁰ en gepleit voor de aanvaarding van (meer) *uitlegeregels* door de Hoge Raad.¹¹ Vooral op het terrein van de commerciële contracten klinkt al jaren de roep om een regel die

4 Zie bijv. *Asser/Rutten 4-II* 1982 (6e druk), p. 225; en HR 28 juni 1946, *NJ* 1946/524 (*Wetstijn Pfister c.s./Staat*) (m.b.t. art. 1380 OBW).

5 TM, *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 916.

6 Vgl. Tjittes 2009, p. 31, die erop wijst dat uitlegeregels in vrijwel geen enkel land de status van rechtsregel hebben.

7 Zie bijv. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8198, *NJ* 2005/169, m.nt. J.H. Spoor (*Wessanen/Nutricia*), r.o. 3.3.3.

8 Zie bijv. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/171 e.v.

9 Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 55-56.

10 Zie bijv. A.C. van Schaick, ‘Uitlegeregels’, *WPNR* 1998/6311, p. 272; en F.W. Grosheide, ‘Lees maar, er staat wat er staat’, *WPNR* 2001/6428, p. 13.

11 Zie bijv. Van Schaick 1998, p. 276; en Tjittes 2009, p. 31-32.

in beginsel taalkundige uitleg voorschrijft.¹² Ook Snijders sluit zich hierbij aan.¹³ Meer in het algemeen klinkt wel kritiek op de contextuele invulling van open normen door de Hoge Raad.¹⁴

Mijns inziens zou de Hoge Raad meer sturing kunnen geven aan het uitlegdebat door de aanvaarding van (in cassatie toetsbare) *bewijsregels* voor de uitleg van overeenkomsten. Hiermee bedoel ik dat de Hoge Raad voor bepaalde (typen van) bedingen of bepaalde (typen van) gevallen voorshands een bepaalde contractsuitleg kan voorschrijven, behoudens tegenbewijs van een andersluidende partijbedoeling. Aldus geeft de Hoge Raad sturing aan het processuele debat over contractsuitleg, zonder de gewenste flexibiliteit prijs te geven. In deze bijdrage werk ik dat nader uit, met speciale aandacht voor het door Snijders geannoteerde arrest *Coface/Intergamma* (par. 6 e.v.).

3. Uitleg: feitelijk of juridisch?

Bij het zoeken naar (bewijs)regels voor contractsuitleg rijst allereerst de vraag of de uitleg van overeenkomsten überhaupt een juridische kwestie is, vatbaar voor toepassing van regels. Immers: indien uitleg *zuiver* feitelijk wordt opgevat (de vaststelling van wat partijen feitelijk zijn overeengekomen), valt er weinig heil te verwachten van juridisering.

De vraag naar het juridische gehalte van contractsuitleg is enigszins beladen. Dat komt doordat op dit terrein nog altijd de nagalm klinkt van de eertijds door Van Dunné verdedigde theorie van 'normatieve uitleg': uitleg als vaststelling van de *rechtsgevolgen* die het recht aan de overeenkomst verbindt.¹⁵ Die theorie is in brede kring bekritiseerd en door de wetgever uitdrukkelijk verworpen.¹⁶ De heersende leer gaat ervan uit dat de bindende kracht van de overeenkomst vooropstaat en dat daarom de uitleg van het overeengekomene moet worden onderscheiden van de aanvulling en/of beperking daarvan aan de hand van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW). Van de weeromstuit zou de gedachte kunnen postvatten dat uitleg geheel *feitelijk* moet worden opgevat. Dat is echter niet het geval.

¹² Zie bijv. H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten', *NTBR* 2008/21, p. 150-160; en Tjittes 2009, p. 24-30.

¹³ Zie zijn *NJ*-annotatie bij HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, *NJ* 2014/522 (*Rotterdam/Eneco c.s.*), sub 2, waar Snijders betoogt dat de tekst van een contract in B2B-relaties wel een overheersende rol *moet* spelen, omdat andere uitlegfactoren hier meestal niet uit de verf komen.

¹⁴ Zie bijv. T. Hartlief, 'Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders', *NTBR* 2011/4, p. 25-28; en V. van den Brink, 'Alle omstandigheden van alle gevallen', *NTBR* 2012/1, p. 1-2.

¹⁵ Zie J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971, p. 9, 206 e.v.

¹⁶ Zie Eindverslag I, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 74.

Alom is aanvaard dat contractsuitleg een *gemengde* kwestie is, dus deels feitelijk en deels juridisch.¹⁷ Juridisch kader is de wilsvertrouwensleer (art. 3:33/3:35 BW), zoals meer concreet tot uitdrukking komend in de bekende Haviltex-maatstaf.¹⁸ Vaste jurisprudentie leert dat voor de uitleg van overeenkomsten beslissend zijn ‘alle omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen’.¹⁹ Het feitelijke element van contractsuitleg schuilt (dus) in de vaststelling van de voor uitleg relevante omstandigheden van het geval.²⁰ Het juridische element schuilt in de normatieve *waardering* van die omstandigheden, aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Vanuit cassatietechnisch perspectief betekent het voorgaande dat contractsuitleg zich leent voor toetsing in cassatie, maar dat die toetsing, vanwege de verwevenheid met waarderings van feitelijke aard, doorgaans marginaal is. De normatieve waardering van de omstandigheden van het geval, de concrete toepassing van de Haviltex-maatstaf dus, wordt door de Hoge Raad namelijk als overwegend feitelijk beschouwd.²¹ Vandaar dat contractsuitleg in cassatie – tenzij de feitenrechter de Haviltex-maatstaf heeft miskend²² – meestal alleen met motiveringsklachten kan worden bestreden.

Moet hieruit worden geconcludeerd dat (meer) rechtseenheid op het terrein van de uitleg van overeenkomsten een utopie is? Ik meen van niet. De Hoge Raad kan sturing geven aan het uitlegleerstuk op het *snijvlak* van de feiten en het recht, dus waar het de selectie en waardering van de feiten betreft. Tot nu toe doet hij dat vooral door de formulering van *gezichtspunten* die de feitenrechter bij de uitleg van overeenkomsten in acht kan c.q. moet nemen (par. 4), en ook wel door de aanvaarding van regels die een bepaalde (meestal objectieve) *uitlegmethode* voorschrijven (par. 5). Mijns inziens is verdere winst te behalen – eveneens op het snijvlak van de feiten en het recht – door de aanvaarding van *bewijsregels* voor de uitleg van overeenkomsten, die de feitenrechter voorschrijven om voorshands, behoudens tegenbewijs, uit te gaan van een bepaalde contractsuitleg (par. 6 e.v.).

4. Gezichtspunten voor uitleg in de rechtspraak van de Hoge Raad

De gezichtspunten die blijken de rechtspraak van de Hoge Raad een rol kunnen spelen bij de uitleg van overeenkomsten, kunnen ruwweg in twee categorieën

17 Vgl. W.L. Valk, ‘Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen’, in: A.G. Castermans e.a., *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 391-402.

18 Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

19 Zie bijv. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5.

20 Vgl. Tjittes 2009, p. 49-50.

21 Zie bijv. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. Mendel (*Royal c.s./Polygram*), r.o. 4.2.

22 Zie bijv. HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7624, *NJ* 2007/175.

worden ingedeeld.²³ De eerste categorie wordt gevormd door *objectieve* gezichtspunten. Dit zijn gezichtspunten die (vooral) betrekking hebben op het contract zelf, dus op het ‘lichaam’ van de partijbedoeling. Hun objectiviteit schuilt in het feit dat zij los van het subjectieve partijperspectief kunnen worden vastgesteld. Het gaat met name om (i) de *bewoordingen* van de contractsbepaling; gelezen in het licht van (ii) de *gehele tekst* van de overeenkomst en een eventueel daarbij behorende *toelichting*;²⁴ (iii) de plaats van de contractsbepaling in de algehele *structuur* van de overeenkomst;²⁵ (iv) de *aard en strekking* van de overeenkomst;²⁶ en (v) de *aannemelijkheid van de rechtsgevolgen* van een bepaalde uitleg.²⁷ Al met al komt het hier aan op de vraag welke uitleg objectief bezien – gelet op het contract zelf – het meest voor de hand ligt.

Tegenover deze objectieve gezichtspunten staan (meer) *subjectieve* gezichtspunten, die niet (zozeer) betrokken zijn op het contract, maar (veeleer) op de contractanten. Deze subjectieve gezichtspunten vormen zogezegd de ‘geest’ van de partijbedoeling. Het gaat hier met name om (i) de *verklaringen en gedragingen* van partijen over en weer; (ii) de *maatschappelijke kringen* waartoe partijen behoren; (iii) hun te verwachten *rechtskennis*;²⁸ (iv) de *hoedanigheid* waarin partijen optreden;²⁹ en (v) hun eventuele *deskundigheid* en/of *deskundige bijstand*.³⁰ In voorkomende gevallen kan ook een rol spelen (vi) welk *resultaat* partijen met de overeenkomst beoogden en (vii) of partijen bekend mochten worden verondersteld met een eventuele *technische betekenis* van het beding in kwestie.³¹ Verder kan bijvoorbeeld gewicht toekomen aan (viii) de gedragingen van partijen ná het sluiten van de overeenkomst, meer in het bijzonder de wijze waarop zij zelf *uitvoering* hebben gegeven aan de gemaakte afspraken.³² Al met al komt het hier aan op de vraag welke uitleg subjectief bezien – vanuit het perspectief van partijen – het meest redelijk is.

Het belang van het onderscheid tussen subjectieve en objectieve gezichtspunten schuilt in de eerste plaats hierin, dat de Hoge Raad in sommige gevallen, zoals in

23 Zie voor een uitvoeriger inventarisatie van de hierna besproken gezichtspunten ook Tjittes 2009, p. 32 e.v.; en M. Vriend in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW (2013), aant. 16 en 20.2.

24 Zie bijv. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5.

25 Zie bijv. HR 18 november 1983, NJ 1984/272, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Kluft c.s./B. en W. Supermarkten*), r.o. 3.1.

26 Zie bijv. HR 1 juli 1985, NJ 1986/692 (*Frenkel/KRO*), r.o. 3.2; en HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*), r.o. 3.4.

27 Zie bijv. (in het kader van de CAO-norm) HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.4.

28 Zie HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

29 Zie HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522, m.nt. H.J. Snijders (*Rotterdam/Eneco c.s.*), r.o. 3.4.2.

30 Zie HR 17 december 1976, NJ 1977/241, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens*).

31 Zie HR 17 december 1976, LJN AC5835, NJ 1977/241, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens*).

32 Zie bijv. HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5572, NJ 2012/589 (*Portier/Montessori Scholengemeenschap Amsterdam*), r.o. 3.5 (slot).

het kader van de CAO-norm (par. 5), een objectieve uitlegmethode voorschrijft. In die gevallen zullen in beginsel alleen objectieve gezichtspunten een rol mogen spelen.³³ Daarnaast ligt in het onderscheid mijns inziens ook een processuele rangorde besloten. Waar immers de objectieve gezichtspunten grosso modo zien op voorshands te constateren feiten (en een daaruit voorshands af te leiden uitleg), roepen de subjectieve gezichtspunten op tot een casuïstische(r) waardering, die de rechter veelal pas na (verdere) feitelijke voorlichting en/of bewijslevering door partijen kan uitvoeren. Dit verklaart waarom bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf op commerciële contracten de feitenrechter voorshands, behoudens tegenbewijs, mag uitgaan van een uitleg die naar objectieve maatstaven het meest voor de hand ligt.³⁴ De gedachte is dat de contextgebonden waardering van subjectieve gezichtspunten mag worden 'uitgesteld' tot in een later stadium van de procedure (of afgesteld, indien het partijdebat hierover onvoldoende uit de verf komt). Wissink spreekt in dit verband treffend van 'half-Haviltexen'.³⁵

Bewijsregels voor contractsuitleg zullen, gelet op het voorgaande, vaak aanknopen bij objectieve gezichtspunten. Men denke bijvoorbeeld aan de regel 'dat een overeenkomst waarbij een bedrijf uit een failliete boedel wordt overgenomen en waarbij bepaalde verplichtingen jegens de werknemers van het overgenomen bedrijf worden bedongen, in de regel ertoe zal strekken dat rechtstreekse (rechts) betrekkingen tussen de werknemers en de verkrijgende partij worden bewerkstelligd, ook als dat niet expliciet aldus is uitgedrukt'.³⁶ Het gaat hier om een objectieve bewijsregel, die aanknoopt bij de aard en strekking van de overeenkomst. Ook subjectieve gezichtspunten kunnen voorshands pleiten voor een bepaalde uitleg. Een voorbeeld is de 'hoedanigheid van de betrokken partijen', een subjectief gezichtspunt dat (anders dan bijvoorbeeld de deskundigheid van partijen) meestal a priori kan worden vastgesteld. De bekende contra proferentem-regel kan als een uitvloeisel van dit gezichtspunt worden gezien. In het arrest *Ram/Matser* heeft de Hoge Raad overwogen dat het 'bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen'.³⁷ Is de wederpartij een consument, dan schrijft art. 6:238 lid 2 BW een dergelijke uitleg (thans) zelfs dwingend voor.³⁸

33 Vgl. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.4, waar de Hoge Raad overigens verduidelijkt dat dit 'niet tot een louter taalkundige uitleg' leidt.

34 Zie bijv. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.4.3; HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *NJ* 2007/576 (*Derksen/Homburg*), r.o. 4.1.3; en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.4.

35 Zie M.H. Wissink, *NJ*-annotatie bij HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575 (*Meyer Europe/PontMeyer*), sub 5.

36 Aldus HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496, *NJ* 2005/499, m.nt. C.E. du Perron (*Taxicentrale Middelburg/Gesink*), r.o. 3.5, waar de Hoge Raad deze regel in de bestreden uitspraak las en in stand liet.

37 HR 1 juli 1978, *NJ* 1978/125, m.nt. G.J. Scholten (*Ram/Matser*).

De ratio van de contra proferentem-regel, namelijk dat de professionele opsteller van een beding doorgaans beschikt over meer (voor de uitleg van het beding relevante) deskundigheid dan de particuliere wederpartij, kan ook buiten het kader van eenzijdig opgestelde bedingen pleiten voor een consumentvriendelijke uitleg. Men denke bijvoorbeeld aan bezwarende bedingen in B2C-overeenkomsten waarover weliswaar is onderhandeld, maar die realiter toch (meer) ‘uit de koker’ van de ondernemer komen. De Hoge Raad zou, naar analogie van de contra proferentem-regel, kunnen voorschrijven dat zulke bedingen (indien onduidelijk), in beginsel ten gunste van de consument moeten worden uitgelegd, ook voor zover daarover is onderhandeld. Een uitzondering op deze uitleg ‘contra creditorem’ (vgl. art. 1385 OBW) kan worden aangenomen indien de ondernemer erin slaagt aannemelijk te maken dat partijen een andere, voor de consument nadelige(r) betekenis hebben beoogd. De ondernemer zou dit tegenbewijs (waarover nader par. 7) bijvoorbeeld kunnen leveren door te bewijzen dat hij de consument uitdrukkelijk op de beoogde betekenis heeft gewezen of dat die betekenis anderszins (bijvoorbeeld wegens eigen of toegevoegde deskundigheid aan de zijde van de consument) voldoende duidelijk was voor de consument.

5. Uitlegeregels in de rechtspraak van de Hoge Raad

Behalve gezichtspunten heeft de Hoge Raad in zijn rechtspraak ook regels voor contractsuitleg aanvaard. De bekendste daarvan is de *CAO-norm*, inhoudend dat voor de uitleg van een collectieve arbeidsovereenkomst ‘de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis’ zijn.³⁹ De ratio van deze objectieve uitlegregel schuilt in het feit dat een CAO naar zijn aard bestemd is de rechtspositie van *derden* te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of formulering ervan. De gedachte is dat daarom de subjectieve bedoeling van de CAO-opstellers niet aan derden mag worden tegengeworpen, althans niet voor zover die bedoeling niet objectief kenbaar is, bijvoorbeeld uit de CAO-bepalingen of een bijbehorende toelichting. Conform deze ratio heeft de Hoge Raad de CAO-norm bijvoorbeeld ook van toepassing verklaard op de uitleg van een sociaal plan (niet zijnde een CAO) en een trustakte bij een obligatieleening.⁴⁰ In het standaardarrest *DSM/Fox*, betreffende de uitleg van een pensioenreglement, heeft de Hoge Raad overigens verduidelijkt dat de CAO-norm geen

38 Vgl. HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83, *NJ* 2015/263, m.nt. M.M. Mendel (*TVM/Verweerder*), r.o. 3.6.

39 Aldus bijv. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.3.

40 Zie HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5691, *NJ* 2000/473 (*ANF/FNV*), r.o. 3.3.2; en HR 23 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AG3894, *NJ* 2003/715, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ofasec/NTM*), r.o. 3.4.

zuiver taalkundige uitleg meebrengt. Het komt erop neer dat alle hierboven als objectief gepresenteerde gezichtspunten een rol kunnen spelen.⁴¹

Een tweede bekende uitlegregel uit de rechtspraak van de Hoge Raad, die eveneens verband houdt met de betrokkenheid van derden, is de regel voor uitleg van *goederenrechtelijke akten*. Volgens vaste rechtspraak komt het bij de uitleg van notariële akten van levering van registergoederen (respectievelijk van vestiging van beperkte rechten op registergoederen) aan op de in de notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling, die moet worden afgeleid uit de in de akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.⁴² De ratio van deze objectieve uitlegmaatstaf is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. De gedachte is dat derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in de openbare registers is vermeld als overgedragen c.q. gevestigd.⁴³ Dienovereenkomstig is *tegenbewijs* tegen de in de notariële akte opgenomen omschrijving uitgesloten,⁴⁴ althans voor zover het de vaststelling van de omvang van het geleverde goed of het gevestigde recht betreft.⁴⁵ Deze regel schrijft dus niet alleen een (objectieve) *uitlegmethode* voor, maar beperkt ook het *object* van uitleg: alléén de inhoud van de akte telt.

Een derde uitlegregel die hier vermelding verdient, is de regel voor uitleg van niet-onderhandelde *verzekeringsovereenkomsten*. In het arrest *Chubb/Dagenstaed* oordeelde de Hoge Raad dat de uitleg van verzekeringsvoorwaarden waarover niet onderhandeld pleegt te worden (in casu ging het om een zogenaamde beurspolis⁴⁶) met name afhankelijk is van 'objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in voorkomend geval (...) bij de polisvoorwaarden behorende toelichting'.⁴⁷ Deze objectieve uitlegregel heeft (dus) vooral een praktische ratio: zij

41 Zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.4.

42 Aldus bijv. HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, *NJ* 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn (*Eelder Woningbouw*), r.o. 3.3.

43 Aldus bijv. de conclusie van A-G Wissink voor het bovengenoemde arrest *Kamsteeg/Lisser*, sub 3.11.

44 Zie bijv. HR 6 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB9435, *NJ* 1986/750 (*Davelaar/Haklander*), r.o. 3.3; en HR 20 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5543, *NJ* 1987/1002, m.nt. W.M. Kleijn (*Goedhart/Van den Berg c.s.*), r.o. 3.5.

45 Vgl. HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, *NJ* 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), r.o. 4.2.3, waaruit blijkt dat met het oog op de vaststelling van de onderliggende *obligatoire afspraken* wel tegenbewijs is toegelaten.

46 Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/366, waar wordt signaleerd dat over zulke polissen in de praktijk juist wel onderhandeld pleegt te worden. In casu gold in cassatie het tegendeel tot uitgangspunt.

47 Zie HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *NJ* 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed en Europoint*), r.o. 3.4.2.

berust op de gedachte dat er, bij gebreke van onderhandelingen tussen partijen, weinig andere aanknopingspunten voor uitleg zijn dan objectieve.⁴⁸

6. Bewijsregels voor contractsuitleg

Gemeenschappelijk kenmerk van de hierboven besproken uitlegregels is dat zij een bepaalde *uitlegmethode* voorschrijven, namelijk een in meerdere of mindere mate objectieve uitleg. Soms gaat de Hoge Raad een stap verder en schrijft hij voorshands een bepaalde uitleg, dus een concreet *resultaat* van uitleg voor. Dan is sprake van bewijsregels voor contractsuitleg. Ik bespreek twee voorbeelden, die beide betrekking hebben op de uitleg van vaker voorkomende (typen van) bedingen. In het arrest *De Rooij/Van Olphen* uit 2005 zag de Hoge Raad zich gesteld voor de vraag of onder de garantie van geschiktheid voor ‘normaal gebruik’ in (het toenmalige⁴⁹) art. 5.3 NVM-koopakte ook viel de sloop van de bebouwing, gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond. Dienaangaande overwoog de Hoge Raad dat ‘uitgangspunt’ voor de uitleg van dit voorgedrukte beding in de standaardakte zal dienen te zijn dat normaal gebruik betrekking heeft op ‘wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan’. Aan de hand van die taalkundige maatstaf oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat onder normaal gebruik ‘in beginsel niet de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond’ valt. In voorkomende gevallen acht de Hoge Raad een afwijkende partijbedoeling denkbaar, maar het ligt volgens hem op de weg van de *koper* om daartoe feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen.⁵⁰ In de literatuur is onder verwijzing naar dit arrest wel bepleit om meer in algemene zin modelovereenkomsten en standaardcontracten objectief (naar gangbaar spraakgebruik) uit te leggen.⁵¹ Dat lijkt mij inderdaad een goed uitgangspunt, omdat de ratio van de CAO-norm (beïnvloeding van de rechtspositie van ‘derden’ die geen invloed hebben gehad op de tekst van de overeenkomst) ook hier opgeld doet. Daarbij is wel van belang dat ruimte bestaat om acht te slaan op hetgeen partijen zelf met de gebruikte bewoordingen hebben bedoeld, dus om in voorkomende gevallen een uitzondering te maken op de voorshands gegeven (objectieve) uitleg.⁵²

In het arrest *Coface/Intergamma* uit 2014 ging het om de uitleg van een contractueel cessieverbod, en meer concreet om de vraag of hiermee goederenrechtelijke werking in de zin van art. 3:83 lid 2 BW (dus onoverdraagbaarheid van de betrokken vordering) was beoogd. Eerder had de Hoge Raad geoordeeld dat partijen

48 Zie bijv. Tjittes 2009, p. 19; en Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/360.

49 Onder de aangepaste formulering (‘normaal gebruik als ...’) doet de onderhavige vraag zich waarschijnlijk niet meer voor. Vgl. M.H. Wissink in zijn *NJ-annotatie* (NJ 2010/62), sub 6.

50 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62, m.nt. M.H. Wissink (*De Rooij/Van Olphen*), r.o. 3.6.

51 Zie bijv. Tjittes 2009, p. 21; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375.

52 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/375.

een cessie- c.q. verpandingsverbod goederenrechtelijke werking *kunnen* geven,⁵³ maar met die – overigens bekritiseerde⁵⁴ – beslissing was nog niet uitgemaakt hoe een daartoe strekkende partijbedoeling moet worden vastgesteld. De Hoge Raad stelt, conform de hierboven besproken CAO-norm, voorop dat een beding als het onderhavige, dat naar zijn aard mede bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, ‘naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf’ dient te worden uitgelegd. Vervolgens formuleert hij als ‘uitgangspunt’ dat bij de uitleg van bedingen als het onderhavige ‘moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenissenrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd’.⁵⁵

Snijders toont zich in zijn annotatie bij het arrest *Coface/Intergamma* kritisch over deze ‘aanwijzing vooraf (...) dat een bepaalde uitleg aangewezen is behoudens contra-indicaties die duiden op de juistheid van een andere uitleg’ (sub 4b). Hij werpt de vraag op of hiermee een ‘bewijsvermoeden naar ongeschreven recht’ is bedoeld (sub 4c) en concludeert dat het gaat om een (onwenselijke) ‘omkering van de stelplicht en de bewijslast’ (sub 4d). In de nu volgende paragraaf doe ik een poging de door Snijders opgeworpen vraag, en in verband daarmee zijn kritiek op het arrest, te beantwoorden.

7. Evaluatie bewijsregels

In de procesrechtelijke literatuur wordt (voor zover hier van belang) onderscheid gemaakt tussen wettelijke, jurisprudentiële en feitelijke vermoedens (ook wel rechterlijke vermoedens genoemd).⁵⁶ Jurisprudentiële vermoedens vormen in deze indeling het buitenwettelijke equivalent van wettelijke vermoedens.⁵⁷ Anders dan feitelijke vermoedens zijn het geen vermoedens ter zake van de bewijswaardering of de feitenvaststelling, maar *rechtsregels* ter zake van de bewijs(leverings)last.⁵⁸ Een klassiek – en enigszins berucht – voorbeeld is de zogenaamde omkeringsregel voor het bewijs van causaal verband, inhoudend dat bij bepaalde normschendingen het bestaan van causaal verband in beginsel is gegeven, tenzij de aangesproken partij bewijst dat de geleden schade ook zonder zijn gedraging zou zijn ontstaan.⁵⁹ Een

⁵³ Zie HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004/281, m.nt. H.J. Snijders (*Oryx/Van Eesteren*), r.o. 3.4.2.

⁵⁴ Vgl. de *NJ*-annotatie van H.J. Snijders (*NJ* 2004/281), sub 9, waar deze kritiek overigens wordt gerelativeerd.

⁵⁵ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.2.

⁵⁶ Zie bijv. H.J. Snijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd’, *NJB* 2015/1902, p. 2667.

⁵⁷ Zie voor wettelijke vermoedens van contractsuitleg bijv. art. 6:39 en 7:17 lid 6 BW.

⁵⁸ Aldus Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013/298.

⁵⁹ Aldus bijv. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Achtkarspelen*), r.o. 3.6.

ander voorbeeld is de door de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest geformuleerde regel dat een dijkverschuiving in het algemeen een vermoeden rechtvaardigt dat de dijk niet aan de daaraan te stellen eisen voldeed (in de zin van art. 6:174 BW), behoudens door de bezitter te leveren tegenbewijs.⁶⁰

Kenmerkend voor vermoedens is dat zij (in principe⁶¹) niet leiden tot een daadwerkelijke omkering van de bewijslast. De partij aan wie het vermoeden wordt tegengeworpen is dienovereenkomstig niet gehouden tot het leveren van ‘tegen-deelbewijs’, maar kan ermee volstaan het vermoeden te ontkrachten, door een ander feitelijk scenario *aannemelijk* te maken.⁶² In zijn rechtspraak over de omkeringsregel heeft de Hoge Raad dit geëxpliciteerd, door te overwegen dat ‘in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is’ dat de aangesproken partij ‘aannemelijk maakt’ dat de schade ook zonder zijn gedraging zou zijn ontstaan.⁶³ Voldoende is dus dat zodanige *twijfel* wordt gezaaid omtrent de voorshands aannemelijk geachte feiten (hier: het causaal verband), dat daarvan niet langer voorshands kan worden uitgegaan.

Ook op het terrein van de contractsuitleg maakt de Hoge Raad gebruik van jurisprudentiële vermoedens, getuige de zojuist besproken arresten *De Rooij/Van Olphen* en *Coface/Intergamma*. De daarin geformuleerde bewijsregels moeten mijns inziens worden opgevat als jurisprudentiële vermoedens voor contractsuitleg. Het gaat om door de Hoge Raad geformuleerde (rechts)regels die voorshands, bij wege van jurisprudentieel vermoeden, een bepaalde contractsuitleg voorschrijven, behoudens tegenbewijs van een andersluidende partijbedoeling. Zoals bij vermoedens in het algemeen is van een daadwerkelijke omkering van de bewijslast mijns inziens geen sprake: voldoende is dat de partij aan wie de voorshands gegeven uitleg wordt tegengeworpen een andersluidende partijbedoeling *aannemelijk* maakt. Overigens zal het daarbij dikwijls niet alleen gaan om (tegen)bewijs van feitelijke stellingen, maar ten dele ook om juridische argumentatie (vgl. par. 3). In zoverre behelst de bewijsregel ook een argumentatielast.

Gelet op het voorgaande deel ik niet de opvatting van Snijders dat de uitlegregel uit het arrest *Coface/Intergamma* een omkering van de bewijslast behelst. Meer in het algemeen beschouw ik het arrest als een geslaagd voorbeeld van rechtsvorming door de Hoge Raad op het vlak van de uitleg van overeenkomsten. Over de inhoudelijke juistheid van de in het arrest geformuleerde regel kan men gevoeglijk van mening verschillen, zoals ook blijkt uit de conclusie van Advocaat-Generaal Rank-Berenschot voor het arrest (sub 2.18), waar vergelijkbare kritiek als die van

60 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4-5.

61 Vgl. de NJ-annotatie van W.D.H. Asser bij het arrest *Kastelijn/Achtkarspelen* (NJ 2004/305), sub 13, waar wordtesignaleerd dat wettelijke of jurisprudentiële vermoedens in de praktijk wel kunnen tenderen in de richting van bewijslastomkering.

62 Zie bijv. de NJ-annotaties van W.D.H. Asser bij het arrest *Kastelijn/Achtkarspelen* (NJ 2004/305), sub 10; en H.J. Snijders bij het arrest *Coface/Intergamma* (NJ 2015/167), sub 4c.

63 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, NJ 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Achtkarspelen*), r.o. 3.6.

Snijders wordt geuit. Waar het mij in het kader van deze bijdrage om gaat, is dat de Hoge Raad door middel van bewijsregels zoals hier geschetst sturing kan geven aan het partijdebat in uitleggeschillen en daarmee de rechtsontwikkeling op het vlak van de contractsuitleg nader vorm kan geven. Dat lijkt mij zonder meer winst, met name waar het gaat om vaker voorkomende (typen van) contractuele bepalingen. Het 'zwaard' van de feitelijke en in cassatie onaanastbare beslissing is een geducht wapen, dat zeker zijn nut heeft (en waarmee ook de cassatieadvocaat in voorkomende gevallen graag schermt), maar dat – zoals elk wapen – met beleid moet worden gehanteerd.

8. Slot

Aan het einde van mijn studie was het Henk Snijders die mij inwijdde in de rechtsvinding, het thema van een door hem gegeven differentiatievak. Naderhand mocht ik, als Leids promovendus, Henk wederom tot mijn leermeesters rekenen. Dat is eigenlijk niet veranderd sinds ik in de praktijk werkzaam ben. Nog altijd maak ik dankbaar gebruik van zijn handboeken, artikelen en annotaties, die stevast getuigen van een scherp oog voor zowel dogmatische als praktijkvraagstukken. De rechtswetenschap en de rechtspraktijk mogen zich dan ook gelukkig prijzen dat Henk Snijders zal blijven fungeren als gids op zo veel deelterreinen van het privaatrecht.

Van talkshows, babbelboxen en het fundamentele recht op ‘oral hearing’

Carla Klaassen¹

I. Inleiding

Sinds ik, als bewerker, heb mogen toetreden tot het trio dat verantwoordelijk is voor wat inmiddels heet ‘Snijders, Klaassen en Meijer’,² heb ik diverse malen met Henk Snijders mogen discussiëren over procesrechtelijke onderwerpen (natuurlijk tezamen met Gerard Meijer, maar daarover gaat het nu niet!). Soms verschilden en verschillen wij van mening. Dit geldt bijvoorbeeld over het criterium voor het leveren van bewijs, alsook over de benaming ‘omkeringsregel’, die aan Snijders te danken (of wijten?) is. Of ik in deze discussies gelijk had of heb, laat ik in het midden. Soms kréég³ ik het in elk geval ..., soms niet ... Een onderwerp waarover wij het eigenlijk nog niet zozeer hebben gehad betreft de rol van het pleidooi, of iets breder, de mondelinge behandeling in de civiele procedure. En eigenlijk weet ik (dus) niet of wij het hierover eens of oneens zijn. Hoe dan ook: hierover wil ik in deze bijdrage iets zeggen, in het bijzonder wat betreft de mondelinge behandeling in hoger beroep, nu het hoger beroep immers één van Snijders’ speerpunten vormt binnen het burgerlijk procesrecht.⁴ De tijd zal leren of wij het op dit punt eens zijn of niet. Echter, wat de uitkomst ook moge zijn, dit zal naar verwachting de plezierige verhoudingen niet verstoren: hoewel Henk Snijders liever gelijk dan ongelijk krijgt (wie niet?), verandert de uitkomst van een discussie niets aan de immer vriendelijke en charmante wijze waarop hij mensen tegemoet pleegt te treden, zo heb ik mogen ervaren.

2. Recht op hoor en wederhoor, en wel (ook) mondeling

Het beginsel van hoor en wederhoor behoort tot een van de fundamentele beginselen van het burgerlijk procesrecht. Het is verankerd in art. 19 Rv en in art. 6

¹ Prof. mr. C.J.M. Klaassen is hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht, Radboud Universiteit Nijmegen. Deze bijdrage is afgerond eind februari 2016.

² De aanbevolen citeerwijze van H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer. Laatste druk 2011. Nieuwe druk in voorbereiding.

³ Ik wijs op het criterium voor ‘bewijzen’. Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer, Deventer 2002, nr. 199 en SKM nr. 199 vanaf de vierde druk.

⁴ Illustratief hiervoor is (onder andere) H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, serie Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. 2, Deventer: Kluwer 2009.

EVRM. Het recht op een 'oral hearing' kan worden gezien als een uitvloeisel hiervan. In Snijders, Klaassen en Meijer (hierna: 'SKM') wordt het als volgt verwoord: 'De meeste West-Europese landen kennen een beginsel dat men zou kunnen aanduiden als het beginsel van de mondelinge behandeling ("Principle of orality", oraliteitsbeginsel) en dan niet zomaar als een kenmerk van het procesrecht ter plaatse, maar als een werkelijk fundamenteel beginsel van procesrecht, dat samenhangt met het beginsel van hoor en wederhoor.' En vervolgens: 'Ook het Europese Hof voor de rechten van de mens tendeert op grondslag van art. 6 EVRM naar een recht op althans één instantie met mondelinge behandeling, welk recht wel aan uitzonderingen onderworpen wordt (...).'⁵ In zijn *NJ*-noot onder het tweede arrest betreffende *Bistro 't Plenkske*, aangaande het recht op pleidooi, concludeert Snijders dat Nederland 'oraliseert'.⁶ Hij merkt op: 'Dat geldt niet slechts voor de maatschappij in het algemeen, die verschijnselen als talkshows en babelboxen lijkt te omarmen, maar ook – zij het als ik dat zo mag zeggen op een subtielere wijze – voor het recht in het bijzonder. Dit laatste laat zich verklaren door de invloed van art. 6 EVRM, zoals het Europese Hof dit uitlegt, en al dan niet in samenhang hiermee ook aldus, dat wij ons steeds meer realiseren dat menig zaak zonder mondelinge behandeling het risico loopt feitelijk niet geheel uit de verf te komen.' De verwijzing naar talkshows en babelboxen, suggereert een kritische houding ten opzichte van deze 'oralisering', althans destijds. Of deze inschatting terecht is, weet ik niet. Hoe dan ook: het is een feit dat het belang dat wordt gehecht aan enigerlei 'live' ofwel mondeling contact tussen de rechter en partijen gaande de civiele procedure de laatste jaren is toegenomen, ook wat betreft de dagvaardingsprocedure, die van oudsher vaak een puur schriftelijke aangelegenheid was.⁷ Hoewel dit mondelinge contact bijvoorbeeld evenzeer kan plaatsvinden ter gelegenheid van een comparitie, is het verzoeken om pleidooi bij uitstek de manier voor partijen om dit te verwezenlijken en zelfs in hoge mate af te dwingen. Een verzoek om pleidooi mag volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad immers slechts onder bepaalde, strikt omschreven en uitgelegde omstandigheden worden afgewezen. In deze beschouwing staat het recht op pleidooi of althans een mondelinge behandeling in hoger beroep centraal.

3. Het recht op pleidooi, in het bijzonder in hoger beroep. Enkele hoofdlijnen

De rechtspraak van de Hoge Raad leert dat er in hoger beroep weliswaar geen absoluut recht op pleidooi bestaat, maar de rechter slechts in zeer uitzonderlijke gevallen pleidooi kan weigeren als een van de partijen daar om verzoekt. In een van

⁵ Nr. 33.

⁶ HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341.

⁷ Zie voor de verzoekschriftprocedure art. 279 Rv.

de ondertussen klassieke zaken over het recht op pleidooi, *Boumans/Bistro 't Plenkske II*,⁸ is door de Hoge Raad als lijn uitgezet dat ingeval de wederpartij tegen toewijzing van het verzoek om pleidooi bezwaar maakt, slechts daartoe aangevoerde 'klemmende redenen' tot afwijzing van het verzoek kunnen leiden. Hiernaast kan de rechter ambtshalve een verzoek om pleidooi afwijzen, maar alleen op de grond dat toewijzing van het verzoek strijdig zou zijn met de eisen van een goede procesorde. In elk van beide hiervoor bedoelde gevallen waarin afwijzing van een verzoek om pleidooi gerechtvaardigd kan zijn, zal de rechter de redenen voor zijn afwijzing van het verzoek uitdrukkelijk moeten vermelden en zijn beslissing daaromtrent deugdelijk moeten motiveren, aldus de Hoge Raad. Een 'stempel-motivering'⁹ is niet voldoende.¹⁰ Dit geldt eens te meer indien een verzoek om pleidooi wordt afgewezen jegens een partij die noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep haar standpunt mondeling ten overstaan van de rechter heeft uiteengezet: een afwijzing moet dan aan nog hogere motiveringseisen voldoen.¹¹ Uit het arrest *Boumans/Bistro 't Plenkske II* volgt dat bijvoorbeeld de omstandigheid dat degene die pleidooi vraagt daaraan voorafgaand geen Memorie van Antwoord heeft ingediend, en dus het recht op een schriftelijke reactie op het standpunt van de wederpartij zoals neergelegd in diens memorie van grieven ongebruikt voorbij heeft laten gaan, op zichzelf geen beletsel vormt voor het toewijzen van een verzoek om pleidooi. De lijn uit *Boumans/Bistro 't Plenkske II* is in diverse latere arresten bevestigd¹² en geldt in hoger beroep nog steeds.¹³ Een andersluidende bepaling in

8 HR 15 maart 1996, NJ 1997/341, m.nt. H.J. Snijders. Dit arrest is het vervolg op HR 29 september 1995, NJ 1997/340 (*Boumans/Bistro 't Plenkske I*).

9 Term ontleend aan A-G Verkade, conclusie voor HR 15 november 2002, NJ 2004/2, m.nt. W.H.D. Asser en JBPr 2003/6, m.nt. A. Knigge (*Stichting Algemeen Nederlands Persbureau/Spruijt*).

10 Vgl. recentelijk HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3563 (*X/Gemeente Rheden*).

11 HR 27 januari 2012, NJ 2012/77 (*X/curator Verster*).

12 Zie HR 5 oktober 2001, NJ 2002/514, m.nt. W.H.D. Asser (*Verbeek/Stichting Christelijke Hulpverlening*); HR 15 november 2002, NJ 2004/2, m.nt. W.H.D. Asser en JBPr 2003/6, m.nt. A. Knigge (*Stichting Algemeen Nederlands Persbureau/Spruijt*); HR 11 juli 2003, NJ 2003/567 en JBPr 2003/58, m.nt. K. Teuben (*Van den Kieboom/Lensvelt BV*); HR 3 oktober 2003, NJ 2004/3 en JBPr 2004/10, m.nt. K. Teuben (*Nijenhuis/Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers*); HR 2 december 2011, NJ 2011/575 en JBPr 2012/23, m.nt. P. Vos (*Waarborgfonds/X*); HR 27 januari 2012, NJ 2012/76 en JBPr 2012/26 (*Weef e.a./Artesia*); HR 27 januari 2012, NJ 2012/77 en JBPr 2012/27, m.nt. P.M. Vos (*X/curator Verster*) alsmede HR 22 februari 2013, NJ 2013/126 en JBPr 2013/29, m.nt. H.W. Wiersma (*Bureau Pals/Houtema*), alle eveneens betreffende het recht op pleidooi in hoger beroep.

13 Wat betreft de procedure in eerste aanleg is het recht op pleidooi met de inwerkingtreding per 1 januari 2002 van de Wet herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg (*Stb.* 2001, 580) door de wetgever enigszins ingeperkt vanwege de invoering van de in beginsel te houden comparitie na antwoord. Zie art. 131 jo. art. 134 lid 1 Rv. Art. 131 Rv geldt in hoger beroep niet; zie art. 353 lid 1 Rv. Derhalve geldt in hoger beroep evenmin de restrictie vermeld in art. 134 lid 1 Rv.

een rolreglement doet hieraan niet af.¹⁴ Evenmin staat het (enkele) argument dat het pleidooi (naar verwachting) geen nieuwe gezichtspunten zal opleveren aan toewijzing van een verzoek hiertoe in de weg.¹⁵ Ook zonder dat er sprake is van 'nieuwigheden' die een partij onder de aandacht van de rechter wil brengen, kan er bij een partij behoefte bestaan aan pleidooi en kunnen daartoe valide redenen aanwezig zijn. De rechter dient partijen ook deugdelijk in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de vraag of zij pleidooi wensen.¹⁶

Een en ander betekent dat vrijwel de enige reden die een afwijzing van een verzoek om pleidooi kan rechtvaardigen, lijkt te zijn dat het toestaan hiervan de procedure op onredelijke wijze zou vertragen. Een en ander dient evenwel te worden gezien in het licht van de procedure als geheel.¹⁷ Vergelijk in dit verband tevens het arrest *Verhoeven c.s./Staat*, betreffende het recht op een nieuw, nader pleidooi, in het geval tussen het pleidooi en de daaropvolgende uitspraak een of meer rechters zijn vervangen.¹⁸ Hierop kan (eveneens) in beginsel aanspraak worden gemaakt, en dit mag eveneens slechts in bepaalde omstandigheden worden geweigerd, waarbij de redenen eveneens moeten zijn gelegen in het belang van een voortvarende procesvoering.

Een kwestie waarover geen volledige duidelijkheid bestaat, is wat de positie is van de appellant die niet van grieven heeft gediend. Heeft hij desalniettemin recht op pleidooi? In zijn arrest *Pitt/Van Frederici* oordeelde de Hoge Raad dat het niet (tijdig) indienen van een memorie van grieven niet in de weg stond aan de bevoegdheid van appellant om zijn zaak te bepleiten.¹⁹ Echter: deze beslissing, uit 2000, betreft een Antilliaanse zaak en is kennelijk gegeven tegen die achtergrond, waaronder in het bijzonder het aldaar ontbreken van de verplichting om, op straffe van niet-ontvankelijkheid, grieven aan te voeren. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie²⁰ diende en dient een hoger beroep in het geval geen grieven zijn

14 Expliciet HR 2 december 2011, NJ 2011/575 (*Waarborgfonds/X*); bevestigd in HR 27 januari 2012, NJ 2012/76 (*Weef e.a./Artesia*) en HR 27 januari 2012, NJ 2012/77 (*X/curator Vester*). Zie tevens HR 22 februari 2013, NJ 2013/126 (*Bureau Pals/Houtema*).

15 HR 15 november 2002, NJ 2004/2, m.nt. W.H.D. Asser (*Stichting Algemeen Nederlands Persbureau/Spruijt*) en, specifiek in het kader van hoger beroep, HR 3 oktober 2003, NJ 2004/3 (*Nijenhuis/Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers*).

16 HR 10 juni 2011, NJ 2011/272 en JBPr 2011/49, m.nt. W.I. Wisman (*D&S/Ahold*).

17 Zie met name HR 27 januari 2012, NJ 2012/77 (*X/curator Vester*).

18 HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser en JBPr 2015/18, m.nt. G. van Rijssen. Dit arrest, dat overigens niet typisch betrekking heeft op het appel, is door schrijver dezes besproken in *Ars Aequi* maart 2016. Vgl. inmiddels tevens HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662 (*mr. Muettege/Gemeente Amsterdam*), gewezen nadat deze bijdrage in principe was afgerond.

19 HR 10 november 2000, NJ 2001/301, m.nt. H.J. Snijders.

20 Destijds het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen, thans, na de opheffing van de Nederlandse Antillen, aangeduid als het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

aangevoerd ambtshalve te beoordelen. De omstandigheid dat een appellant die nalaat (tijdig) van grieven te dienen daarentegen bij de Nederlandse appelrechter niet-ontvankelijk is, werpt echter een ander licht op deze kwestie. Bakels, destijds Advocaat-Generaal, verwoordt het in zijn conclusie voor voormeld arrest aldus: 'Uit de aanvaarding van het grievenstelsel volgt immers dat een appellant die nalaat van grieven te dienen, niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Daarom heeft hij in beginsel geen belang bij het bepleiten van zijn – in hoger beroep immers niet specifiek voorgedragen – standpunt. Een uitzondering is slechts op zijn plaats in enkele bijzondere gevallen.' Wat betreft deze 'bijzondere gevallen' wordt door Bakels alsmede door enkele anderen die zich (destijds) de vraag naar het recht op pleidooi van de niet-grievende appellant hebben gesteld, gerefereerd aan (uitzonderlijke) situaties waarin de appelrechter de zaak buiten de memorie van grieven om kan (of zelfs moet) behandelen, zoals het geval dat het vonnis waartegen appel is ingesteld in strijd is met een bepaling van openbare orde. Hiernaast worden wel voorbeelden genoemd die zijn te scharen onder hetgeen thans wel bekend staat als de uitzonderingen op de 'in beginsel strakke regel',²¹ zoals de omstandigheid dat de wederpartij ondubbelzinnig instemt met een nieuwe grief van appellant bij pleidooi.²² Hieraan kan worden toegevoegd het geval dat bepalingen van Europees consumentenrecht aan de orde zijn. Immers, volgens het Europese Hof betreft het hier normen die gelijkwaardig zijn aan nationale regels van openbare orde en waaraan de nationale rechter in beginsel ambtshalve dient te toetsen, ook in hoger beroep en (dus) ook buiten de grieven om.²³ Snijders lijkt echter een stapje verder te willen gaan om de 'memorieloze appellant', zoals hij deze aanduidt, de gelegenheid te bieden toch te pleiten. Er kan aanleiding bestaan deze appellant de gelegenheid te bieden bij pleidooi uit te leggen waarom hij niet tijdig een memorie van grieven heeft ingediend en waarom hem de gelegenheid moet worden geboden dit verzuim te herstellen, aldus Snijders. Hoe dan ook, vervolgt hij, zou appellant het recht dienen te krijgen om (bijvoorbeeld bij akte) aan te geven dat zich in zijn zaak een van de bijzondere redenen voordoet voor een recht op pleidooi ten principale. Bovendien, zo werpt Snijders op, kan men zich afvragen of de appelrechter echt tijdswinst boekt door een verzoek tot pleidooi vanwege een memorieloze appellant eerst te onderwerpen aan de vraag of en in hoeverre zich een uitzondering voordoet op de regel dat pleidooi geen zin heeft. 'De appelrechter zou er wel eens praktischer aan kunnen doen om het verzoek zonder meer toe te staan, dit wellicht met een suggestie voor de beperkingen die pleiter zich zou kunnen

21 Ofwel: de zogenoemde tweeconclusieregel. Zie voor deze aanduiding alsook de uitzonderingen op de 'in beginsel strakke regel' bijv. *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/107 e.v.

22 Zie bijv. Vranken in zijn conclusie voor *Boumans/Bistro 't Plenske II*, waarnaar Bakels ook verwijst. Zie verder de weergave van Snijders in *Civiel appel*, nr. 179.

23 Zie (met name) HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom/Nogueira*); HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse c.s./Jahani*) en HR 13 september 2013, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans en JBPr 2014/2, m.nt. F.J.H. Hovens. Vgl. recentelijk HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/A*).

opleggen. De appelrechter kan dan vervolgens bezien in hoeverre hij het bij pleidooi door de appellant gestelde nog kan meewegen', aldus Snijders.²⁴ Snijders verwijst in het kader van zijn 'pleidooi' een verzoek om pleidooi maar simpelweg te honoreren, tevens naar Hammerstein. Hammerstein wijst op de gevolgen die een, in de ogen van de Hoge Raad, onterechte afwijzing van een verzoek om pleidooi heeft. Een afwijzing zal immers veelal worden gegeven door de rolraadsheer en is te kwalificeren als tussenarrest (of -beschikking), waartegen in beginsel pas cassatie kan worden ingesteld tegelijk met dat van het eindarrest. Vernietiging van het tussenarrest door de Hoge Raad heeft tot gevolg dat ook het eindarrest niet in stand kan blijven. Dit desastreuze gevolg zou voldoende reden moeten zijn om een pleidooi in hoger beroep gewoon in alle gevallen toe te staan, aldus Hammerstein, die hieraan toevoegt echter ook te begrijpen dat de appelrechter daarvoor niet altijd de nodige tijd beschikbaar heeft en met name vertragingstactieken wil voorkomen.²⁵ Zie in dit verband evenwel tevens Broekveldt, die de rechter oproept het nog wel eens bestaande 'vooordeel' te laten varen dat advocaten dit soort verzoeken – waaronder het vragen van pleidooi – eigenlijk alleen maar doen om de zaak te vertragen.²⁶

Wat er zij van de (wenselijke) mogelijkheid tot pleiten ten overstaan van de Nederlandse appelrechter voor de appellant die heeft nagelaten van grieven te dienen, in algemene zin kan worden geconcludeerd dat partijen in hoger beroep weliswaar niet altijd desverlangd de gelegenheid dient te worden geboden voor pleidooien, maar de gronden tot afwijzing hiervan naar huidig recht beperkt zijn. Niettemin lijkt de afschaffing van het recht op pleidooi aanstaande!

4. De afschaffing van het recht op pleidooi ingevolge 'KEI'

'KEI' staat voor het programma Kwaliteit en Innovatie. Onder deze noemer zijn de afgelopen jaren vanuit zowel de Rechtspraak²⁷ als het Ministerie van Veiligheid en Justitie diverse initiatieven ontplooid om de rechtspraak te moderniseren en meer 'bij de tijd' te brengen. Een belangrijk, en naar het lijkt het belangrijkste, onderdeel hiervan is het digitaliseren van de civiele (en bestuursrechtelijke) procedure. In het kader van 'KEI' liggen er thans wetsvoorstellen bij de Eerste Kamer met beoogde aanpassingen van vooral de procedure in eerste aanleg (hierna: 'KEI I'),²⁸ maar

24 *Civiel appel* nr. 179 alsook reeds zijn noot *Pitt/Van Frederici* (NJ 2001/301). Vgl. tevens de noot onder HR 4 april 1997, NJ 1998/220 (*Van Schaik/Verboom-Hekman*).

25 A. Hammerstein, 'Kroniek hoger beroep', *TCR* 2002/2, p. 50.

26 L. Broekveldt, 'Mogelijke knelpunten in hoger beroep', *TCR* 2002/3, p. 3.

27 Daar waar Rechtspraak met een hoofdletter wordt geschreven, wordt bedoeld op de organisatie. Daar waar 'rechtspraak' zonder hoofdletter wordt geschreven, wordt bedoeld op de functie van het rechtspreken.

28 Wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, nr. 34 059.

tevens (in beperktere mate) de procedure in hoger beroep en de cassatieprocedure (hierna: 'KEI II').²⁹ Voor zover in het kader van deze beschouwing van belang, wordt hierbij in eerste aanleg en in hoger beroep³⁰ het pleidooi als zelfstandige rechtshandeling afgeschaft; art. 134 Rv vervalt.³¹ Min of meer in de plaats hiervan, wordt de 'mondelinge behandeling' geïntroduceerd. Voor de eerste aanleg, vormt dit het hart van de zogenoemde 'nieuwe eenvoudige basisprocedure', aldus de Memorie van Toelichting.³² In deze nieuwe eenvoudige basisprocedure voor de eerste aanleg wordt uitgegaan van één schriftelijke ronde, met vervolgens een mondelinge behandeling.³³ De gedachte is dat partijen aldus vroegtijdig contact hebben met de rechter. De mondelinge behandeling kan voor verschillende doeleinden worden aangewend en op verschillende manieren worden ingericht.³⁴ De mondelinge behandeling kan worden gebruikt voor overleg over het vervolg van de procedure (en dus fungeren als een zogenoemde regiezitting), maar ook, zoals nu de comparitie na antwoord vooral wordt benut, tot het verkrijgen van inlichtingen, het beantwoorden van vragen van de rechter en het beproeven van een schikking. Tevens geldt dat partijen tijdens de mondelinge behandeling 'volgens KEI' altijd de gelegenheid dienen te krijgen een mondelinge toelichting op hun zaak te geven.³⁵ Dit om, ondanks de afschaffing van het pleidooi, het fundamentele recht op een 'oral hearing' te waarborgen.

Echter: wat betreft het hoger beroep, heeft de Minister van Veiligheid en Justitie ervoor gekozen niet standaard te voorzien in een in principe te gelasten mondelinge behandeling. Voor het hoger beroep is bepaald dat een mondelinge behandeling alleen zal plaatsvinden als de rechter daartoe aanleiding ziet of indien een van partijen, nadat zij zijn gewezen op hun recht te worden gehoord, heeft verklaard gebruik te willen maken van dit recht.³⁶ De gedachte is dat een mondelinge behandeling in hoger beroep niet steeds toegevoegde waarde heeft, vooral niet als er in eerste aanleg reeds een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden – hetgeen dus in principe standaard zal geschieden – en de feiten

29 Wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie, nr. 34 138.

30 In cassatie blijft de figuur van het pleidooi wel bestaan, maar hier is en blijft dat van geheel andere aard en vervult dat een andere rol.

31 Uitgebreider over de wijzigingen voorgesteld in de wetsvoorstellen KEI I en II onder andere mijn beschouwing 'De civiele procedure volgens "KEI"', *RMThemis* 2016/1. Zie tevens bijv. A.I.M. van Mierlo & P.J.J. Vonk, 'Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht: procederen in nieuwe jas na KEI', *WPNR* 2015/7065, p. 511-520 en K. Teuben & K.J.O. Jansen, 'Het Wetsvoorstel vereenvoudiging en digitalisering procesrecht: kanttekeningen vanuit de procespraktijk', *TCR* 2015/2, p. 3-12.

32 (Onder andere) *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 70. Zie ook p. 5 en 23-24.

33 Art. 30j-p Rv-nieuw.

34 Zie met name art. 30k en 30l Rv-nieuw.

35 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 5 en 23-24 alsook *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 6, p. 5 en 49.

36 Art. 354 resp. art. 360a Rv-nieuw.

voldoende vaststaan. Het inlassen van een mondelinge behandeling zou de procedure dan juist onnodig kunnen vertragen, aldus de Memorie van Toelichting.³⁷

5. Enkele nadere opmerkingen betreffende de mondelinge behandeling in hoger beroep 'onder KEI'

Verwacht mag worden dat de rechtspraak betreffende het recht op pleidooi onder het regime van KEI haar betekenis zal behouden voor een partij die in een appelprocedure te kennen geeft een mondelinge behandeling te wensen. Wat betreft het door de rechter, ambtshalve, gelasten van een mondelinge behandeling in appel, geldt dat dit in KEI II weliswaar niet het uitgangspunt vormt, maar de rechter desgewenst hetzelfde resultaat kan bereiken als geldt voor de eerste aanleg, waarbij er in principe steeds een mondelinge behandeling plaatsheeft. Ik zou het toejuichen als de appelrechter dit tot uitgangspunt van zijn 'regievoering' zou nemen (om in KEI-termen te blijven³⁸). In de Memorie van Toelichting bij KEI II wordt opgemerkt dat noch wordt bedoeld, noch wordt verwacht met de regeling betreffende de mondelinge behandeling de staande praktijk op losse schroeven te zetten, waarin in zuivere verzoekzaken, zoals bijvoorbeeld alimentatiezaken, als regel een mondelinge behandeling plaatsvindt omdat zich sinds de uitspraak in eerste aanleg relevante veranderingen kunnen hebben voorgedaan.³⁹ Het zou naar mijn mening echter aanbeveling verdienen als de appelrechter ook in andersoortige zaken, zo partijen daar om al niet vragen, in beginsel een mondelinge behandeling zou gelasten.⁴⁰ Hiervan zou kunnen worden afgezien als partijen kenbaar maken hieraan geen behoefte te hebben dan wel er anderszins kennelijk sprake is van omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat een mondelinge behandeling niet opportuun is. Anders gezegd: het beleid van de appelrechter betreffende het gelasten van een mondelinge behandeling zou wat mij betreft dienen te zijn: ja, tenzij ...

Ik meen namelijk dat een mondelinge behandeling ook in het kader van het hoger beroep in vorderingszaken als regel een nuttige functie vervult. Dit geldt bijvoorbeeld met het oog op het alsnog bereiken van een schikking tussen partijen, maar

³⁷ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 138, nr. 3, p. 9. Zie tevens p. 32-33 en 34-35.

³⁸ Een van de doelstellingen hiervan is immers de versterking van de regierol van de rechter, ook in hoger beroep. *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 1-2, 5 en 26-29. Zie tevens p. 75-76 en *Stb.* 2015, 17662, 30 juni 2015, p. 60.

³⁹ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 138, nr. 3, p. 9.

⁴⁰ Uitgebreider hierover mijn beschouwing 'De civiele procedure volgens "KEI"', *RMThemis* 2016/1, onder 8.

tevens met het oog op de waarheidsvinding.⁴¹ Mijn ervaring als appelrechter is slechts een beperkte,⁴² maar ik heb zowel bij comparities als pleidooien diverse malen mogen ondervinden dat feiten minder vast bleken te staan dan voorafgaande aan de zitting werd verondersteld. Advocaat-Generaal Spier verwoordt het in zijn conclusie voor *Weef c.s./Artesia*⁴³ treffend. Hij merkt op dat pleidooien hetzij door antwoorden op gestelde vragen dan wel door uitlatingen van aanwezige (vertegenwoordigers van) partijen verrassende wendingen aan een zaak kunnen geven, in voorkomende gevallen ten detrimente van de partij die om pleidooi heeft gevraagd. ‘Anders gezegd: pleidooien kunnen een waardevolle bijdrage leveren om te geraken tot beslissingen over het werkelijke probleem in plaats van het geconstrueerde.’ Hetzelfde geldt uiteraard voor de mondelinge behandeling. Mede doordat partijen direct kunnen reageren op hetgeen over en weer te berde wordt gebracht en de rechter vragen kan stellen als hem iets niet duidelijk is, kan een mondelinge behandeling verhelderend werken en misverstanden uit de weg ruimen, ook in hoger beroep.

Een aandachtspunt hierbij is overigens wat mij betreft de omstandigheid dat de mogelijkheden om betekenis toe te kennen aan de bij een mondelinge behandeling naar voren gekomen (nieuwe) informatie in hoger beroep soms beperkt worden door in het bijzonder de strikte toepassing van de tweeconclusieleer.⁴⁴ Dit vormt naar mijn mening met name een aandachtspunt met het oog op de met KEI beoogde actieve(re) opstelling van de rechter bij de mondelinge behandeling: de kans dat hierdoor nieuwe informatie wordt verkregen wordt, naar ik meen, vergroot, maar als de rechter deze vervolgens niet mag meenemen in de door hem te nemen beslissing, wringt dit toch wat.⁴⁵

Overigens ben ik mij er zeer wel van bewust dat de door mij voorgestane aanpak tijd en daarmee geld kost. Echter, als de minister en de Rechtspraak in het kader van KEI serieus werk willen maken van de ‘K’ van Kwaliteit, lijkt dit onvermijdelijk.⁴⁶

⁴¹ Zie over de functies van de mondelinge behandeling in het kader van het hoger beroep uitgebreider W.L. Valk, ‘De mondelinge behandeling in het civiele hoger beroep’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels & J.J. Dammingh (red.), *Hoger beroep: renovatie en innovatie*, Deventer: Kuwer 2014, p. 161-172.

⁴² Beperkt tot optreden als raadsheerplaatsvervanger in het Hof Arnhem-Leeuwarden en (voorheen) het Hof Amsterdam.

⁴³ HR 27 januari 2012, *NJ* 2012/76.

⁴⁴ Uitgebreider hierover mijn eerdergenoemde beschouwing in *RMThemis* 2016/1, onder 8.

⁴⁵ Vgl. eveneens Valk, a.w., p. 165-167.

⁴⁶ Zie wat betreft het aspect ‘tijd en geld’ in het kader van KEI tevens J.D.A. den Tonkelaar, ‘De regisserende zaaksrechter: de regierol van de rechter volgens KEI’, *TCR* 2015/4, p. 105-113.

6. Afronding

De omstandigheid dat het recht op pleidooi voor de appelprocedure in het huidige 'Rv' meer gewaarborgd is dan voor de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg én de Hoge Raad ruimhartig met dit recht omspringt, neemt niet weg dat (ook) in appel in de meeste zaken geen pleidooi plaatsvindt. De omstandigheid dat de appelprocedure niet voorziet in een in beginsel te houden comparitie, nadat beide partijen een schriftelijk stuk hebben kunnen indienen – zoals de comparitie na antwoord in eerste aanleg –, maar er daarentegen gaande de appelprocedure veelal helemaal geen comparitie plaatsvindt, maakt dit kennelijk niet anders.⁴⁷ Dit betekent dat in appel, althans in de huidige praktijk, de meeste zaken geheel schriftelijk worden afgedaan. Naar mijn mening vervult een mondelinge behandeling echter ook in hoger beroep een hele nuttige functie. Dit geldt zeker voor een mondelinge behandeling die méér omvat dan het over en weer voorlezen van een pleitnota, zoals bij de huidige pleidooien nogal eens het geval is. De afschaffing van het pleidooi onder KEI en de introductie van een mondelinge behandeling, die beoogt een 'interactieve' bijeenkomst tussen de rechter en partijen te zijn, biedt in dit opzicht kansen. Te hopen valt dat de appelrechter deze kansen zal benutten en veelvuldig gebruik zal maken van zijn bevoegdheid een mondelinge behandeling te gelasten, zo partijen daar om al niet zelf verzoeken. In elk geval zou het mooi zijn als de KEI-wetsvoorstellen de appelrechters ertoe zouden aanzetten over de inzet van dit instrument onderling het debat aan te gaan, en er ook op dit punt sprake zou zijn van 'oralisering', om met de woorden van Snijders te spreken, zij het (hopelijk) niet in talkshows en middels babbelboxen.

⁴⁷ Weliswaar wordt in bepaalde zaken door de hoven een zogenoemde comparitie na aanbrengen gelast. De mate waarin dit geschiedt verschilt echter, zo heb ik begrepen.

Ongemotiveerd en onaantastbaar?

Over de gevolgen van een uitsluiting van het motiveringsvereiste voor de controle op arbitrale vonnissen door de overheidsrechter

Marte Knigge¹

I. Inleiding

In (iets meer dan) een kwart eeuw kan er veel veranderen: werd de eis dat arbitrale vonnissen met redenen zijn omkleed in 1984 door de regering nog omschreven als ‘essentieel’,² tegenwoordig is het mogelijk deze eis contractueel uit te sluiten.

Sinds de invoering op 1 januari 2015 van het nieuwe arbitragerecht bepaalt art. 1057 lid 5 aanhef en onder c Rv dat het vonnis geen gronden voor de gegeven beslissing bevat indien nadat de arbitrage aanhangig is gemaakt, de partijen schriftelijk overeenkomen dat geen gronden voor de beslissing worden gegeven.

In mijn proefschrift heb ik kritiek geleverd op het toen nog conceptwetsvoorstel waarin het mogelijk werd gemaakt het motiveringsbeginsel uit te sluiten. Een belangrijke reden die ik hiervoor aanvoerde was dat hierdoor de mogelijkheid van controle op het werk van arbiters door de overheidsrechter wordt belemmerd. Zo zou de overheidsrechter niet steeds meer goed vast kunnen stellen of arbiters zich wel aan hun opdracht hebben gehouden en of zij het beginsel van hoor en wederhoor in acht hebben genomen.³ De uitsluiting van de motivering kan daarmee in de praktijk aan de vernietiging van een arbitraal vonnis op basis van art. 1065 Rv in de weg staan.

Henk Snijders deelt mijn bezwaren tegen de mogelijkheid tot uitsluiting van het motiveringsvereiste niet. Volgens hem dient de motivering in het kader van arbitrage niet het publieke belang, maar uitsluitend het private belang.⁴ Hij wijst erop dat de mogelijkheid de motivering uit te sluiten tijd- en kostenbesparend kan

¹ Mr. M.W. Knigge is universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Met dank aan mr. P.L.F. Ribbers en mw. mr. E.N. Verhage voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

² *Kamerstukken II* 1983-1984, 18 464, 3, p. 24 (MvT).

³ Zie M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 199-200.

⁴ Noot Snijders bij HR 9 januari 2004, NJ 2005/190 (*Nannini/SFT*), nr. 4.

uitpakken.⁵ Nu moet gezegd worden dat Snijders in zijn opvatting beslist niet alleen staat. In verschillende landen, waaronder Engeland, kunnen partijen het motiveringsvereiste uitsluiten.⁶ Ook art. 31 lid 2 UNCITRAL Model Law bevat een dergelijke mogelijkheid. In dat opzicht is het niet verbazingwekkend dat de uitsluiting van het motiveringsvereiste in de nieuwe Nederlandse Arbitragewet is opgenomen.

Dit roept de vraag op of de consequenties van het ontbreken van een motivering wel zo ernstig zijn als ik in mijn proefschrift beweerde. Welke gevolgen heeft de uitsluiting van het motiveringsvereiste naar verwachting voor de mogelijkheden tot controle op een arbitraal vonnis door de overheidsrechter? Deze vraag is met name relevant voor partijen die overwegen om op de voet van art. 1057 lid 5 aanhef en onder c Rv het motiveringsvereiste uit te sluiten. Voor hen is het belangrijk om van tevoren in te kunnen schatten welke consequenties een dergelijke uitsluiting heeft. In hoeverre kunnen zij hierdoor een 'onaantastbaar' vonnis creëren?

In deze bijdrage zal ik eerst de achtergrond van het nieuwe art. 1057 lid 5 aanhef en onder c schetsen (par. 2). Daarna ga ik in op de gevolgen die uitsluiting van het motiveringsvereiste naar verwachting voor de mogelijkheid tot toetsing van het vonnis door de overheidsrechter heeft (par. 3). Vervolgens zie ik welke ervaringen op dit punt in Engeland bestaan, waar het al langer mogelijk is het motiveringsvereiste weg te contracteren (par. 4). Ik sluit af met enkele observaties (par. 5).

2. Achtergrond van de uitsluiting van het motiveringsvereiste

Sinds 1 januari 2015 bepaalt art. 1057 lid 5 aanhef en onder c Rv dat het vonnis geen gronden voor de gegeven beslissing bevat indien nadat de arbitrage aanhangig is gemaakt, de partijen schriftelijk overeenkomen dat geen gronden voor de beslissing worden gegeven. Aldus stelt de wet verschillende voorwaarden aan de mogelijkheid tot uitsluiting van het motiveringsvereiste. Een dergelijke afspraak is enkel geldig indien hij is gemaakt nadat de arbitrage aanhangig is gemaakt. Ook dient een dergelijke afspraak schriftelijk te worden overeengekomen. Volgens de Memorie van Toelichting gelden deze vereisten om zeker te stellen dat partijen met meer duidelijkheid de implicaties van een ongemotiveerd vonnis kunnen overzien.⁷

In de Memorie van Toelichting wordt de keuze voor deze nieuwe bepaling slechts summier gemotiveerd. Opgemerkt wordt dat partijen door van een motivering af te zien de procedure kunnen bekorten en kosten kunnen beperken. Voorts wordt verwezen naar de UNCITRAL Model Law en het Duitse en Engelse arbitragerecht. Een principiële afweging wordt niet gemaakt; niet aangegeven wordt welke

5 H.J. Snijders, 'Alweer (?) een nieuwe Arbitragewet', in: G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?* (Nederlandse Vereniging voor procesrecht), Den Haag: BJu 2015, p. 29.

6 Zie *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 611, 3, p. 30 (MvT).

7 *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 611, 3, p. 30 (MvT).

belangen met motivering worden gediend. Op de vraag welke gevolgen de afwezigheid van een motivering heeft voor de mogelijkheden tot toetsing van het vonnis door de overheidsrechter, wordt niet ingegaan.⁸

Van den Berg, de ontwerper van een voorstel dat de basis vormde voor de huidige wet,⁹ ging in zijn oratie uit 1990 wel in op de vraag in hoeverre de functies van het motiveringsvereiste ook voor arbitrage gelden. Over de informatiefunctie, die inhoudt dat de motivering informatie verschaft die nodig is voor de controle van de juistheid van de beslissing door een hogere instantie, schreef Van den Berg het volgende:

‘Met deze functie kan ik kort zijn. Aangezien arbitrage geen hoger beroep kent, tenzij uitdrukkelijk overeengekomen, en een inhoudelijke toetsing van een arbitraal vonnis door de rechter is uitgesloten, mist deze functie toepassing in geval van arbitrage.’¹⁰

Het lijkt er kortom op of Van den Berg *geen enkel* gevolg van een uitsluiting van de motivering voor de mogelijkheden tot controle door de overheidsrechter verwachtte. Dergelijke gevolgen zijn er echter wel degelijk, zoals in de volgende paragraaf zal blijken. Daar zal nader onderzocht worden in hoeverre de afwezigheid van een motivering aan toetsing door de overheidsrechter in de weg staat.

3. Beperking toetsingsmogelijkheden van de overheidsrechter

3.1. Inleiding

In Nederland gewezen arbitrale vonnissen zijn op verschillende manieren aan controle door de overheidsrechter onderworpen: in het kader van een verlot tot tenuitvoerlegging (art. 1063 Rv), een vordering tot vernietiging (art. 1064a en 1065 Rv), en een vordering tot herroeping (art. 1068 Rv). Al deze bepalingen zijn van dwingend recht.¹¹ Een zogenaamde ‘uitsluitingsovereenkomst’, waarmee partijen de vordering tot vernietiging contractueel uitsluiten, is naar Nederlands recht niet mogelijk. Volgens de Memorie van Toelichting stut de mogelijkheid een vordering

⁸ *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 611, 3, p. 30 (MvT).

⁹ Dit voorontwerp is, samen met commentaar hierop van verschillende auteurs, gepubliceerd in een *TvA Special* uit 2005.

¹⁰ A.J. van den Berg, *Hoe gastvrij is Nederland voor de internationale arbitrage?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1990, p. 18.

¹¹ Zie in zijn algemeenheid *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 611, 3, p. 5 (MvT); specifiek m.b.t. art. 1063 Rv *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 611, 3, p. 38 (MvT) en specifiek m.b.t. art. 1064a en 1065 Rv *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 611, 3, p. 38 (MvT); *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 611, 5, p. 18 (NV). Zie bijv. ook G.J. Meijer, ‘De nieuwe arbitragewet (2015) bezien in het licht van de internationale arbitrage’, in: G.J. Meijer & H.J. Sijnders, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?* (Nederlandse Vereniging voor procesrecht), Den Haag: BJu 2015, p. 83.

tot vernietiging in te stellen het vertrouwen in arbitrage.¹² In sommige landen, waaronder Zwitserland, België en Frankrijk, wordt onder voorwaarden een uitsluitingsovereenkomst in een internationale arbitrage wel toelaatbaar geacht.¹³ Hoewel het naar huidig recht niet mogelijk is om de vordering tot vernietiging uit te sluiten, kunnen partijen wel *feitelijk* de mogelijkheden om vernietiging te vorderen, beperken. Zo blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat partijen de uitleg van de door hen overeengekomen procedureregels (zoals bijvoorbeeld neergelegd in een arbitragereglement) bij uitsluiting kunnen opdragen aan het scheidsrecht en hierdoor aan het oordeel van de burgerlijke rechter kunnen onttrekken.¹⁴ Volgens Meijer sluiten partijen hiermee praktisch gezien vernietiging uit wegens schending van de opdracht op de grond dat het arbitragereglement niet juist is toegepast. Vernietiging is in dat geval immers enkel nog denkbaar als het scheidsrecht niet overeenkomstig de eigen uitleg handelt.¹⁵

Ook indien partijen het motiveringsvereiste hebben uitgesloten, staat het middel van vernietiging in theorie nog steeds onverkort tot hun beschikking; praktisch gezien kan het echter, wegens een gebrek aan bewijs, lastig zijn om een vonnis vernietigd te krijgen. In sommige gevallen biedt de motivering van het vonnis het enige middel om de aanwezigheid van een vernietigingsgrond op het spoor te komen of te bewijzen. Andere bewijsmiddelen zijn dan niet voorhanden. Het horen van arbiters als getuige is geen alternatief voor zover van arbiters een verklaring wordt verwacht over de gronden waarop zij tot hun beslissing zijn gekomen. Weliswaar is in de nieuwe Arbitragewet de vertrouwelijkheid van arbitrage niet geregeld,¹⁶ in de literatuur wordt aangenomen dat aan arbiters een verschoningsrecht toekomt met betrekking tot hetgeen in het raadkameroverleg aan de orde is geweest.¹⁷

12 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, 3, p. 38 (MvT); zie ook *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, 5, p. 18 (NV).

13 Zie bijv. art. 192 lid 1 Zwitserse *Loi fédérale sur le droit international privé*; art. 1718 Belgische *Gerechtigd Wetboek*; art. 1522 Franse *Code de procédure civile*. Zie over de uitsluitingsovereenkomst D.A.M.H.W. Strik & J.B.J. Hoefnagel, 'Uitsluitingsovereenkomsten en het consultatiewetsontwerp herziening arbitragewetgeving: een gemiste kans?', *TvA* 2012/20; Meijer 2015, p. 82-84.

14 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/230, m.nt. J.B.M. Vranken (*Huybregts/Van Tuyl*), r.o. 3.6; HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384, m.nt. H.J. Sijnders (*IMS/Modsaf I*), r.o. 3.3.

15 G.J. Meijer, 'International Military Services...', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer* (liber amicorum R.S. Meijer), Den Haag: BJu 2013, p. 228-229 en voetnoot 19.

16 In het conceptwetsvoorstel was hiertoe nog wel een bepaling opgenomen, maar deze bepaling is niet overgenomen in het bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel. Zie hierover H.J. Sijnders, 'Arbitrage, vertrouwelijk of openbaar dan wel een mixtum daarvan', *TvA* 2014/1. Zie ook *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, 5, p. 8 (NV); *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 611, C, p. 1-4.

17 Zie bijv. Sijnders 2014, par. 2; B. van Zelst, 'Contracteren met arbiters. Aandachtspunten bij de rechtsrelatie tussen arbiters en procespartijen', *Contracteren* 2014, p. 101-102; Van Leyenhorst 2013, voetnoot 32.

In zekere zin gaat een *praktische* beperking van de mogelijkheid tot vernietiging nog verder dan een *daadwerkelijke* uitsluiting van deze mogelijkheid. Immers, in geval van een uitsluitingsovereenkomst kunnen partijen zich nog steeds verzetten tegen een exequatur-verlening.¹⁸ Indien het een partij echter *wegens een gebrek aan bewijs* niet lukt om een arbitraal vonnis vernietigd te krijgen, zal ditzelfde bewijsgebrek haar parten spelen in het kader van de exequatur-procedure.

Hieronder ga ik nader in op de verschillende toetsingsmogelijkheden van de overheidsrechter. Eerst zal ik in paragraaf 3.2 de verschillende vernietigingsgronden nalopen en aangeven in hoeverre de afwezigheid van een motivering een belemmering vormt voor het aannemen van deze gronden. In paragraaf 3.3 doe ik hetzelfde voor de herroepingsgronden. Niet apart zal worden stilgestaan bij de gronden voor het weigeren van een verlot tot tenuitvoerlegging. Art. 1063 lid 1 Rv verwijst hiervoor immers juist naar de vernietigings- en herroepingsgronden. In paragraaf 3.4 wordt door middel van een klein jurisprudentie-onderzoek getracht enig inzicht te verkrijgen in de gevolgen die een uitsluiting van het motiveringsvereiste in de praktijk zal kunnen hebben.

3.2. Vernietigingsgronden

In art. 1065 lid 1 sub a-e Rv staan de verschillende gronden vermeld voor vernietiging van een arbitraal eindvonnis. Niet bij al deze gronden is de afwezigheid van een motivering problematisch. De rechter zal, ook zonder motivering, kunnen nagaan of een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (grond a). De overheidsrechter beperkt zich op dit punt immers niet tot een marginale toets van het oordeel van arbiters, maar beoordeelt zelfstandig of een geldige overeenkomst bestaat.¹⁹ Voorts kan ook zonder gemotiveerd vonnis worden vastgesteld of het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld (grond b): de motivering van het vonnis is niet nodig om vast te stellen dat is geoordeeld met een even aantal arbiters (zie art. 1026 lid 1 Rv), een arbiter handelingsonbekwaam is (art. 1023 Rv) of dat de procedure tot benoeming die door partijen is overeengekomen, niet is nageleefd.²⁰ Verder is een motivering ook niet vereist om vast te stellen dat het vonnis niet overeenkomstig het in art. 1057 Rv bepaalde is ondertekend (grond d, eerste gedeelte).

In andere gevallen staat de uitsluiting van het motiveringsvereiste wel aan het aannemen van een vernietigingsgrond in de weg. Dit is evident waar het grond d, tweede gedeelte, betreft. Logischerwijs sluiten partijen door af te zien van een motivering vernietiging uit vanwege het feit dat het vonnis niet met redenen is omkleed. Daarmee verliezen partijen echter ook een zekere, zij het zeer beperkte,

¹⁸ Zie Strik & Hoefnagel 2012, par. 3.

¹⁹ H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, art. 1065, aant. 2; G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, Deventer: Kluwer 2011, p. 939; HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders (*Ecuador/Chevron c.s.*), r.o. 4.2.

²⁰ Zie voor de invulling van vernietigingsgrond b Snijders 2011, art. 1065, aant. 3.

inhoudelijke controle door de overheidsrechter op het oordeel van arbiters. Volgens de Hoge Raad moet met het ontbreken van een motivering op één lijn worden gesteld het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt.²¹ Dit criterium moet door de rechter met terughoudendheid worden toegepast, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.²² Op deze grond zal het vonnis bijvoorbeeld vernietigbaar zijn indien arbiters aangeven tot hun oordeel gekomen te zijn na het opgooien van een munt, of een redenering voor hun beslissing geven die volstrekt niet te volgen is. Indien partijen het motiveringsvereiste hebben uitgesloten, wordt het onmogelijk om vast te stellen dat het scheidsgerecht zijn beslissing op dergelijke onhoudbare gronden heeft gebaseerd. Ook Van Leyenhorst wijst erop dat zonder motivering een vordering tot vernietiging wegens een ‘apert ondeugdelijke’ redenering van het scheidsgerecht niet zal kunnen slagen.²³

Nu kan worden tegengeworpen dat het zich niet snel zal voordoen dat het scheidsgerecht daadwerkelijk op ‘apert ondeugdelijke’ gronden tot zijn beslissing komt. In de praktijk blijkt de vordering tot vernietiging op grond van een motiveringsgebrek zelden te slagen.²⁴ Toch wordt het risico op een ‘apert ondeugdelijke’ redenering van het scheidsgerecht wel vergroot door uitsluiting van het motiveringsvereiste. Van het motiveringsvereiste gaat een zekere preventieve werking uit: het feit dat de beslissing aan partijen verantwoord dient te worden, dwingt arbiters om over deze beslissing goed na te denken.²⁵ Voorts kunnen tijdens het op papier zetten van het vonnis zwakke punten in de redenering aan het licht komen, die tijdens het raadkameroverleg over het hoofd zijn gezien.²⁶

Bij vernietigingsgronden c en e is het beeld meer diffuus. Onder deze vernietigingsgronden zijn veel verschillende situaties te brengen, waarvan het bestaan soms ook goed zonder motivering kan worden aangetoond, maar soms ook niet. Van schending van de opdracht (grond c) is onder meer sprake indien het scheidsgerecht zich niet aan de wettelijke of overeengekomen procedureregels houdt of indien het anders of meer toewijst dan gevorderd was. Dergelijke feiten zullen vaak ook wel zonder gemotiveerd vonnis vast te stellen zijn. Lastig zal het, bij gebrek aan een motivering, kunnen worden om vast te stellen dat het scheidsgerecht *minder* heeft behandeld dan gevorderd was of een andere beoordelingsmaatstaf heeft gehanteerd dan overeengekomen was. Onmogelijk zal het vrijwel steeds zijn om aan te tonen dat het scheidsgerecht heeft verzuimd om een

21 HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/190, m.nt. H.J. Snijders (*Nannini/SFT*), r.o. 3.5.2; HR 22 december 2006, *NJ* 2008/4, m.nt. H.J. Snijders (*Kers/Rijpma*), r.o. 3.3.

22 HR 22 december 2006, *NJ* 2008/4, m.nt. H.J. Snijders (*Kers/Rijpma*), r.o. 3.3.

23 M.C. van Leyenhorst, ‘Het Wetsvoorstel: over het vonnis en het hoger beroep’, *TvA* 2013/36, par. 4.

24 Zo werd in alle in voetnoot 51 genoemde uitspraken mede geklaagd over een schending van het motiveringsvereiste, maar werd deze klacht in al deze gevallen verworpen.

25 Zie ook Knigge 2012, p. 197.

26 Aldus ook Van Leyenhorst 2013, par. 4.

essentiële stelling of weer te behandelen of is afgeweken van de (rechts)feiten waarover tussen partijen overeenstemming bestond.²⁷

Een arbitraal vonnis is ten slotte vernietigbaar indien het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde (grond e). Hiervan kan sprake zijn in geval van schending van fundamentele beginselen van procesrecht, zoals het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De Hoge Raad hanteert voor vernietiging wegens het niet onpartijdig of onafhankelijk zijn van een arbiter een strenge maatstaf: hiervoor is dan alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.²⁸ Voor een partij zal het hoe dan ook zeer lastig zijn om aan te tonen dat aan deze maatstaf is voldaan. De uitsluiting van het motiveringsvereiste kan het een partij in sommige gevallen nog iets moeilijker maken: denkbaar is dat de motivering aanwijzingen bevat die erop duiden dat een arbiter niet onpartijdig of onafhankelijk is. Van dergelijke aanwijzingen zal een partij niet kunnen profiteren indien het motiveringsvereiste is uitgesloten.

Vernietiging wegens strijd met de openbare orde kan ook plaatsvinden bij schending van het recht van hoor en wederhoor. De Hoge Raad hecht grote waarde aan de inachtneming van dit recht. Naar zijn oordeel is voor een terughoudende toepassing van art. 1065 lid 1 sub e Rv geen plaats in geval van strijd met dit recht, omdat dit recht in een arbitrale procedure niet van minder betekenis is dan in een procedure voor de overheidsrechter.²⁹ Door het motiveringsvereiste uit te sluiten, kunnen partijen de kans dat hun vordering wordt vernietigd wegens schending van het recht van hoor en wederhoor echter aanzienlijk verkleinen. Zo zal vaak pas uit de motivering van het vonnis duidelijk worden dat het scheidsgerecht informatie in zijn beoordeling heeft betrokken waarover een van partijen zich niet heeft kunnen uitlaten.³⁰ Het is daarentegen niet zo dat schending van het recht van hoor en wederhoor zonder motivering *nooit* meer bewezen zal kunnen worden. Ook zonder motivering kan bijvoorbeeld worden aangetoond dat het scheidsgerecht heeft geweigerd aan een partij uitstel te verlenen voor een zitting terwijl deze partij wel een geldige reden voor verhindering had. Ook valt zonder motivering nog steeds te bewijzen dat het scheidsgerecht heeft geweigerd aan (een van) partijen de

²⁷ Zie voor deze verschillende vormen van schending van de opdracht, met verwijzing naar literatuur en jurisprudentie, Snijders 2011, art. 1065, aant. 4.

²⁸ HR. 18 februari 1994, NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders (*Nordström c.s./Nigoco*), r.o. 3.8.

²⁹ HR 25 mei 2007, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova*), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, NJ 2010/171, m.nt. H.J. Snijders (*IMS/Modsaf c.s. II*), r.o. 4.3.1.

³⁰ Zie HR 18 juni 1993, NJ 1994/449, m.nt. H.J. Snijders (*Van der Lely/VDH*), r.o. 3.3.

gelegenheid te geven te reageren op een getuigenverklaring.³¹ In dit laatste geval is wellicht nog een moeilijkheid dat zonder motivering onduidelijk blijft in hoeverre de betreffende getuigenverklaring daadwerkelijk van invloed is geweest op de beslissing van arbiters. Gezien het belang dat door de Hoge Raad wordt gehecht aan het recht van hoor en wederhoor is het mijns inziens denkbaar dat de overheidsrechter in een dergelijk geval als feitelijk vermoeden hanteert dat deze getuigenverklaring inderdaad mede aan de beslissing ten grondslag ligt. Een arbitraal vonnis kan voorts door zijn inhoud in strijd komen met de openbare orde. Soms zal dit, ook zonder motivering, gemakkelijk vast te stellen zijn. Te denken valt aan het geval dat het scheidsgerecht bij arbitraal vonnis een echtscheiding uitsprekt. In andere gevallen is dat lastiger. Zo levert schending van een fundamentele bepaling van Europees recht door arbiters strijd met de openbare orde op.³² Zonder motivering zal het voor de overheidsrechter moeilijk zijn om vast te stellen dat dergelijk fundamenteel EU-recht is geschonden. Enkel indien een correcte toepassing van dit fundamentele recht *noodzakelijkerwijs* tot een andere beslissing had geleid (of, andersom gezegd: het *ondenkbaar* is dat het scheidsgerecht tot dezelfde beslissing was gekomen als het dit recht correct zou hebben toegepast), kan ook zonder motivering worden aangetoond dat deze vernietigingsgrond zich voordoet. In andere gevallen valt niet aan te tonen dat fundamenteel EU-recht is geschonden. Zeker indien de arbitrage betrekking heeft op een rechtsgebied dat veel bepalingen van fundamenteel EU-recht kent, zoals bijvoorbeeld het consumentenrecht, kunnen de mogelijkheden tot vernietiging door uitsluiting van het motiveringsvereiste aanzienlijk worden beperkt.³³ Indien sprake is van consumentenarbitrage bij een aangewezen instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting in de zin van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, kan men zich overigens afvragen of het partijen wel is toegestaan het motiveringsvereiste uit te sluiten, dit gezien art. 8 lid 1 sub c van genoemde Implementatiewet.³⁴ Een analyse van de gronden tot vernietiging wijst er kortom op dat de mogelijkheden tot vernietiging wel degelijk worden beperkt door een uitsluiting van het motiveringsvereiste. Gevolgen heeft een dergelijke uitsluiting, zij het in verschillende mate, voor de mogelijkheid om het bestaan van vernietigingsgrond c, d en e aan te tonen. Voor vernietigingsgronden a en b heeft een uitsluiting van het

31 Zie HR 25 mei 2007, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova*), r.o. 3.5. Zie voor deze en andere voorbeelden van schending van het recht op hoor en wederhoor Snijders 2011, art. 1039, aant. 1.

32 HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, NJ 2000/339 (*Eco Swiss/Benetton*).

33 Zie HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom/Rodríguez Noguiera*), m.n. r.o. 52-54 en HvJ EU 16 november 2010, C-76/10 (*Pohotovost'/Korčkovská*), r.o. 50-54 (m.b.t. art. 6 Richtlijn oneerlijke bedingen); HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13 (*Faber/Hazet Ochten*), r.o. 56-57 (m.b.t. art. 5 lid 3 Richtlijn consumentenkoop).

34 Op dit moment is de Geschillencommissie Garantiewoningen de enige instantie die gebonden is aan de Implementatiewet die beslist op basis van arbitrage. De Raad van Arbitrage voor de Bouw is geen aangewezen instantie in de zin van de Implementatiewet, zodat het partijen in een consumentenarbitrage bij dit scheidsgerecht vrijstaat het motiveringsvereiste uit te sluiten.

motiveringsvereiste geen consequenties; de aanwezigheid van deze gronden kan ook zonder motivering worden vastgesteld.

3.3. *Herroepingsgronden*

Art. 1068 lid 1 Rv bevat de gronden waarop een arbitraal vonnis kan worden herroepen. In geval van bedrog door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd (grond a), valse bescheiden (grond b) of door toedoen van de wederpartij achtergehouden bescheiden (grond c) is herroeping denkbaar. Hiervoor is telkens vereist dat de herroepingsgrond pas na de uitspraak ter kennis is gekomen van de partij die zich op de herroepingsgrond beroept en dat er sprake is van causaal verband tussen de herroepingsgrond en het arbitraal vonnis.³⁵

De afwezigheid van een motivering vormt geen belemmering voor het bewijs dat sprake is van bedrog, valse bescheiden of achtergehouden bescheiden. Wel kan problematisch zijn dat bij herroepingsgrond a en b de partij die zich op herroeping beroept dient aan te tonen dat het vonnis geheel of ten dele op het bedrog respectievelijk de valse bescheiden berust (het causaal verband-vereiste). Zonder motivering valt immers niet vast te stellen op welke gronden het vonnis berust. De rechter zou de partij die zich op herroeping beroept onder omstandigheden tegemoet kunnen komen, door als feitelijk vermoeden te hanteren dat het vonnis inderdaad (mede) op het bedrog respectievelijk de valse bescheiden berust; het is dan aan de wederpartij om tegenbewijs te leveren.

3.4. *Vernietiging, herroeping en het weigeren van een exequatur in de rechtspraak*

Hierboven is in kaart gebracht welke gevolgen een uitsluiting van het motiveringsvereiste heeft voor de verschillende mogelijkheden tot toetsing van arbitrale vonnissen door de overheidsrechter. Om ook (enig) inzicht te verkrijgen in de gevolgen die een dergelijke uitsluiting *in de praktijk* zal kunnen hebben, heb ik een klein onderzoekje verricht naar de sinds 2014 gepubliceerde rechtspraak inzake vernietiging, herroeping en het verlenen van een verlof tot tenuitvoerlegging.³⁶ Gekeken is in hoeverre in deze procedures de aanwezigheid van een motivering noodzakelijk was voor de overheidsrechter om zijn controle uit te oefenen.

Slechts één uitspraak is gevonden waarin een verzoek tot het verlenen van een verlof tot tenuitvoerlegging van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis aan de orde was.³⁷ In deze zaak werd dit verlof niet verleend. Reden was dat het arbitrale vonnis een veroordeling van een eenmanszaak betrof. Volgens de rechtbank

³⁵ Zie Snijders 2011, art. 1068, aant. 1-4.

³⁶ Gezocht is op www.rechtspraak.nl naar de rechtspraak op het rechtsgebied 'Civiel recht' die sinds 1 januari 2014 is verschenen. Het onderzoek is op 22 februari 2016 verricht.

³⁷ Gezocht is op de termen 'arbitraal + erkenning', 'arbitrale + erkenning', 'arbitraal + tenuitvoerlegging', 'arbitrale + tenuitvoerlegging', '1062' en '1063'. Er is meer rechtspraak te vinden waarin een exequaturverzoek ten aanzien van een *buitenlands* arbitraal vonnis aan de orde is. Dit onderzoek is echter beperkt tot vonnissen gewezen in een arbitrageprocedure waarop de Nederlandse arbitragewetgeving van toepassing is.

kunnen jegens een eenmanszaak, wegens een gebrek aan rechtspersoonlijkheid, geen executoriale maatregelen worden genomen.³⁸ In deze zaak speelde de motivering van het arbitrale vonnis kortom geen rol bij de weigering tot verlening van het exequatur. Er zijn twee uitspraken gevonden waarin een vordering tot herroeping aan de orde was. In beide uitspraken werd de vordering door de overheidsrechter afgewezen. Ook in deze zaken speelde de motivering van het arbitrale vonnis niet of nauwelijks een rol.³⁹

In totaal zijn 29 uitspraken gevonden waarin de rechter oordeelde over een vordering tot vernietiging.⁴⁰ In die zaken vernietigde de rechter in zes van de 29 gevallen het vonnis geheel of gedeeltelijk,⁴¹ wees hij in 21 gevallen de vordering tot vernietiging af.⁴²

³⁸ Rb. Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:713, *NJF* 2015/90.

³⁹ Het betreft Hof Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2214; Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:128. Gezocht is op de termen 'arbitraal + herroeping', 'arbitrale + herroeping' en '1068'.

⁴⁰ Gezocht is op de termen 'arbitraal + vernietiging', 'arbitrale + vernietiging' en '1065'. De uitspraak Hof Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3666 is niet meegenomen, omdat dit een tussenarrest betrof en geen eindarrest. Ook Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2277 is niet meegenomen in het overzicht. In deze zaak was in eerste aanleg een arbitraal vonnis gedeeltelijk vernietigd; onduidelijk is op welke gronden. Het hoger beroep zag niet op de toewijzing van de vordering tot vernietiging, maar spitste zich toe op de gevolgen van deze vernietiging.

⁴¹ Rb. Amsterdam 29 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:793, *NJF* 2015/53; Rb. Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2290; Rb. Oost-Brabant 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6279; Rb. Amsterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1181; Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:929; Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:713, *NJF* 2015/254.

⁴² Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71; Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1752; Rb. Rotterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1613; Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:644; Rb. Amsterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2399; Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6150; Rb. Amsterdam 25 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5011; Hof Amsterdam 1 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2717; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6042; Rb. Den Haag 10 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16345; HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, *NJ* 2015/318, m.nt. H.J. Snijders (*Ecuador/Chevron c.s.*); Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:222; Rb. Amsterdam 15 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2442; Rb. Amsterdam 6 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2389; HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1272; Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3711; Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11637; Rb. Rotterdam 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7477, *NJF* 2016/32; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8098; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8101; Rb. Den Haag 20 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:385. De uitspraak Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71 is opgenomen bij de uitspraken waarin de vordering tot vernietiging is afgewezen. In deze zaak was in eerste aanleg de vordering tot vernietiging gedeeltelijk toegewezen (onduidelijk is op welke gronden), maar voor het overige afgewezen. In

en sprak hij twee keer een niet-ontvankelijkverklaring uit⁴³. Van de zes uitspraken waarin het arbitrale vonnis geheel of gedeeltelijk werd vernietigd, was in drie gevallen toewijzing van de vordering ook mogelijk geweest zonder motivering. In een van die gevallen werd het vonnis vernietigd omdat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbrak (grond a) en het scheidsgerecht bovendien in strijd met de daarvoor geldende regelen was samengesteld (grond b),⁴⁴ in een ander geval was sprake van een gebrek in de ondertekening van het vonnis (grond d)⁴⁵ en in het derde geval had het scheidsgerecht meer toegewezen dan gevorderd was (grond c en e).⁴⁶ In een vierde geval was vernietiging wellicht ook mogelijk geweest zonder motivering, maar bestaat er meer reden voor twijfel. Grond voor vernietiging was in deze zaak dat het arbitrale vonnis mede berustte op een onderzoeksrapport dat in strijd met fundamentele beginselen van procesrecht tot stand was gekomen.⁴⁷ Ook zonder motivering was het mogelijk geweest om de gebrekkige totstandkoming van het rapport aan te tonen. Lastiger zou het zijn geweest om vast te stellen dat het onderzoeksrapport mede aan de beslissing van arbiters ten grondslag lag. Dit staat echter niet noodzakelijkerwijs aan vernietiging in de weg. Denkbaar is immers dat de rechter bereid zou zijn geweest om de partij die vernietiging vorderde tegemoet te komen door voorshands aan te nemen dat dit rapport inderdaad aan de beslissing ten grondslag lag.⁴⁸ In twee gevallen is duidelijk dat de vordering tot vernietiging bij afwezigheid van een motivering niet had kunnen slagen. Het eerste geval betrof een partiële vernietiging op grond van een motiveringsgebrek als gevolg van een rekenfout van het scheidsgerecht (grond d).⁴⁹ In het tweede geval werd het arbitraal vonnis vernietigd wegens schending van de opdracht door arbiters. Partijen waren in deze zaak overeengekomen dat het scheidsgerecht enkel bevoegd was de overeenkomst tussen partijen uit te leggen, en niet om deze aan te vullen. De rechtbank kwam, na bestudering van de gegeven motivering, tot de conclusie dat het scheidsgerecht de overeenkomst van partijen wel degelijk had aangevuld.⁵⁰ Hoewel de omvang van dit onderzoek te beperkt is om hieruit harde conclusies te trekken, duiden de resultaten hiervan erop dat een uitsluiting van het motive-

hoger beroep stond alleen de afwijzing van de vordering tot vernietiging ter discussie; deze afwijzing bleef in hoger beroep in stand.

43 Rb. Noord-Nederland 26 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6076; Rb. Rotterdam 17 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1130.

44 Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 215, ECLI:NL:GHSHE:2015:929.

45 Rb. Amsterdam 29 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:793, *NJF* 2015/53.

46 Rb. Oost-Brabant 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6279.

47 Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:713, *NJF* 2015/254.

48 Of de rechter hiertoe inderdaad bereid is, blijft uiteraard de vraag. In de hier aan de orde zijnde zaak is uitgebreid geprocedeerd over de vraag of het onderzoeksrapport wel ten grondslag lag aan de beslissing van het scheidsgerecht, onder meer bij de Hoge Raad. Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0259. De hierboven aangehaalde uitspraak van het Hof Den Haag betreft de uitspraak in de procedure na verwijzing.

49 Rb. Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2290.

50 Rb. Amsterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1181.

ringsvereiste niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk een beperking zal vormen van de mogelijkheden tot controle door de overheidsrechter op arbitrale vonnissen. Een dergelijke uitsluiting kan meebrengen dat een partij zich niet met succes op vernietigbaarheid van een arbitraal vonnis kan beroepen, *hoewel er wel een grond voor vernietiging aanwezig is*. In de onderzochte uitspraken zou dit in twee van de zes uitspraken waarin de rechter tot vernietiging kwam het geval zijn geweest, terwijl dit in één andere zaak wellicht het geval was.

Er zit echter ook een andere kant aan dit verhaal. Door het motiveringsvereiste uit te sluiten, kunnen partijen de kans aanzienlijk beperken dat zij na afloop van de arbitrageprocedure in een onsuccesvolle vernietigingsprocedure belanden. Van de 21 gevonden uitspraken waarin de vordering tot vernietiging werd afgewezen, zou in 14 gevallen de vernietigingsprocedure waarschijnlijk voorkomen zijn of had deze procedure in ieder geval een veel beperktere omvang gehad indien het vonnis niet was gemotiveerd. In de genoemde gevallen zagen de klachten van de partij die vernietiging zocht voornamelijk op schending van de opdracht door het scheidsrecht, onvoldoende motivering van het vonnis en/of schending van het beginsel van hoor en wederhoor.⁵¹ Ter onderbouwing van deze gronden werd dan bijvoorbeeld aangevoerd dat het scheidsrecht in zijn uitspraak niet was ingegaan op een essentiële stelling van deze partij.⁵² Dit type klacht is uiteraard niet mogelijk bij afwezigheid van een motivering.

51 Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71; Rb. Rotterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1613; Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:644; Rb. Amsterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2399; Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6150; Rb. Amsterdam 25 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5011; Hof Amsterdam 1 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2717; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6042; Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:222; Rb. Amsterdam 15 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2442; HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1272; Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11637; Rb. Rotterdam 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7477, *NJF* 2016/32; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8101.

52 Zie bijv. Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:71, r.o. 15-17; Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:644, r.o. 3.11-3.12; Rb. Amsterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2399, r.o. 4.20-4.22; Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6150, r.o. 4.10, 4.14; Rb. Amsterdam 25 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5011, r.o. 4.4; Hof Amsterdam 1 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2717, r.o. 3.5-3.6; Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:222, r.o. 25-30; Rb. Amsterdam 15 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2442, r.o. 4.11-4.12; Rb. Den Haag 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11637, r.o. 4.11-4.12; Rb. Rotterdam 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7477, *NJF* 2016/32, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8101, r.o. 4.4-4.6.

4. De uitsluiting van het motiveringsvereiste in Engeland

4.1. Meer dan een kwart eeuw ervaring

In de Memorie van Toelichting wordt Engeland als voorbeeld genoemd van een land waarin het al langer mogelijk is om het motiveringsvereiste weg te contracteren. Inderdaad kent de Arbitration Act 1996 in art. 52 lid 4 deze mogelijkheid aan partijen toe. Uit deze bepaling blijkt dat de uitspraak gemotiveerd wordt, tenzij partijen afgesproken hebben dat een motivering niet is vereist. Deze afspraak dient schriftelijk te worden gemaakt.⁵³ Voor invoering van de Arbitration Act 1996 was het zelfs zo dat een arbitraal vonnis niet gemotiveerd behoefde te worden, tenzij partijen een dergelijke motivering waren overeengekomen. In maritieme arbitrages was het zeer gebruikelijk dat arbitrale vonnissen geen motivering bevatten.⁵⁴ Deze lange traditie van ongemotiveerde arbitrale vonnissen wijst erop dat de problemen die ik in mijn proefschrift bij uitsluiting van het motiveringsvereiste voorzag, zich in Engeland kennelijk niet voordoen of in ieder geval niet als zodanig worden ervaren. Dit maakt het interessant om de situatie in Engeland nader te bekijken. In hoeverre heeft de uitsluiting van het motiveringsvereiste naar Engels recht gevolgen voor de toetsingsmogelijkheden van de overheidsrechter? Bij bestudering van de ervaring die in Engeland is opgedaan met de uitsluiting van het motiveringsvereiste wordt direct duidelijk dat ook hier wel degelijk een verband bestaat tussen de uitsluiting van het motiveringsvereiste en de mogelijkheden tot controle door de overheidsrechter. Sterker nog: de reden dat in maritieme arbitrages vroeger vaak werd afgezien van een motivering was om de invloed van de overheidsrechter te beperken. Onder de Arbitration Act 1950 had de overheidsrechter zeer ruime bevoegdheden om in te grijpen in arbitrale procedures. Zo kon hij de zaak terugverwijzen naar arbiters indien 'op het eerste gezicht' uit het vonnis bleek dat het recht geschonden was. Van een rechtsschending die 'op het eerste gezicht' bleek, was geen sprake indien de rechtsschending niet uit het vonnis zelf bleek, maar hiervoor aanvullend bewijs nodig was. Om nu te voorkomen dat de onjuiste toepassing van het recht uit het vonnis zelf zou blijken, ontstond de praktijk dat arbiters hun vonnis niet motiveerden.⁵⁵ Dit betekende niet dat zij geen redenen voor hun beslissingen gaven. Zij verstrekten een summiere motivering aan partijen in een apart, vertrouwelijk document, dat losstond van het arbitrale vonnis.⁵⁶ Opvallend is dat de praktijk van ongemotiveerde vonnissen kortom niet was ingegeven door de wens de tijd en kosten van het formuleren van redenen te besparen (het motief dat in de Memorie van Toelichting wordt genoemd voor

⁵³ Zie art. 5 lid 1 Arbitration Act 1996; D. St John Sutton, J. Gill & M. Gearing, *Russell on arbitration*, London: Sweet & Maxwell 2007, nr. 6-029.

⁵⁴ B. Harris, R. Planterose & J. Tecks, *The Arbitration Act 1996. A Commentary*, Chichester: Wiley Blackwell 2014, nr. 52D, p. 267.

⁵⁵ *Russell on arbitration* 2007, nr. 6-033, voetnoot 131; *Tame Shipping Ltd v. Easy Navigation Ltd (The 'Easy Rider')* [2004] EWHC 1862 (Comm), [2004] 2 CLC 1155, r.o. 23.

⁵⁶ Harris, Planterose & Tecks 2014, nr. 68P, p. 354; *Russell on arbitration* 2007, nr. 6-033.

uitsluiting van het motiveringsvereiste). De motivering werd immers wel gegeven, maar dit geschiedde in een apart document. Doel van uitsluiting van het motiveringsvereiste was gelegen in de wens om de controle door de overheidsrechter op arbitrale vonnissen te beperken.

4.2. *De uitsluiting van het motiveringsvereiste onder de huidige Arbitration Act*

In de huidige Engelse arbitragewetgeving zijn de mogelijkheden van de rechter om in te grijpen in arbitrale procedures veel beperkter dan onder de Arbitration Act 1950. De huidige gronden om een arbitraal vonnis aan te vechten zijn opgenomen in art. 67-69 Arbitration Act 1996. Op basis van art. 67 Arbitration Act kan een partij een beroep doen op de onbevoegdheid van het arbitrage TRIBUNAAL. Art. 68 Arbitration Act biedt de mogelijkheid een vonnis aan te tasten vanwege een ernstige onregelmatigheid die het arbitrage TRIBUNAAL, de procedure of het vonnis nadelig beïnvloedt. Deze bepaling kent in lid 2 een limitatieve opsomming van dergelijke onregelmatigheden. Ten slotte kan een partij op basis van art. 69 Arbitration Act appel tegen een arbitraal vonnis bij de overheidsrechter instellen, waarbij enkel rechtsvragen aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Met deze beperking van de mogelijkheden om arbitrale vonnissen aan te tasten, is ook de behoefte van partijen om af te zien van een motivering grotendeels weggefallen. Tegenwoordig komt het niet veel meer voor dat partijen kiezen voor een ongemotiveerd vonnis.⁵⁷ Ook het reglement van de London Maritime Arbitrators Association (LMAA) hanteert sinds 2006 als uitgangspunt dat een vonnis gemotiveerd wordt, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.⁵⁸

De huidige Arbitration Act legt nog steeds verband tussen een uitsluiting van het motiveringsvereiste en de mogelijkheden tot controle door de overheidsrechter. Art. 69 Arbitration Act, dat het appel bij de overheidsrechter ten aanzien van een rechtsvraag regelt, is van regelend recht. In het eerste lid van art. 69 is expliciet bepaald dat een afspraak om af te zien van een motivering wordt beschouwd als een afspraak waarbij de bevoegdheid om appel op de voet van deze bepaling in te stellen wordt uitgesloten. Naar Engels recht staat daarmee vast dat een uitsluiting van het motiveringsvereiste ook gevolgen heeft voor de mogelijkheid tot controle door de overheidsrechter op het arbitrale vonnis.

Met de uitsluiting van het motiveringsvereiste vervallen niet alle mogelijkheden een arbitraal vonnis aan te vechten. Art. 67 en 68 Arbitration Act 1996 zijn van dwingend recht en blijven, ook bij uitsluiting van het motiveringsvereiste, van toepassing.⁵⁹ Wel geldt ook hier dat door de afwezigheid van een motivering het *feitelijk* lastiger kan worden een beroep op deze bepalingen te doen. Zo kan het feit dat het scheidsgericht voorbijgaat aan een essentiële stelling van een van partijen

⁵⁷ Russell on arbitration 2007, nr. 6-033.

⁵⁸ Zie art. 22 (a) LMAA Terms 2012; art. 22(a) LMAA Terms 2006 (te raadplegen via www.lmaa.london/).

⁵⁹ Zie art. 4 lid 1 Arbitration Act en Schedule 1.

een ‘serious irregularity’ in de zin van art. 68 Arbitration Act opleveren.⁶⁰ Zonder motivering zal het voor partijen moeilijk zijn een dergelijke onregelmatigheid aan te tonen. Toch pakt deze *feitelijke* beperking van de mogelijkheid een arbitraal vonnis aan te vechten naar Engels recht in de praktijk regelmatig minder ernstig uit dan men zou verwachten. Zoals hierboven al aan de orde kwam, was het in maritieme arbitrages gebruikelijk dat ook als partijen afzagen van een motivering, arbiters in een apart document toch enige motivering voor het vonnis gaven. Tegenwoordig bepalen de LMAA Terms nog steeds dat als het motiveringsvereiste is uitgesloten het arbitragetribunaal partijen wel een apart document met een globale motivering zal verstrekken. Dit document is volgens de Terms vertrouwelijk en partijen mogen zich hierop niet in een gerechtelijke procedure die in verband staat met het vonnis beroepen.⁶¹ Door deze praktijk van het geven van een ‘vertrouwelijke’ motivering worden de gevolgen van een uitsluiting van het motiveringsvereiste verzacht. Ten eerste worden arbiters door het feit dat zij toch enige motivering voor hun beslissing dienen te geven, ertoe gedwongen goed over hun beslissing na te denken. Voorts biedt een dergelijke vertrouwelijke motivering partijen de kans om mogelijke onregelmatigheden in de behandeling van hun geschil door arbiters op het spoor te komen. Ten slotte is het ‘vertrouwelijke’ karakter van deze motivering in de praktijk relatief, zoals blijkt uit de uitspraak *Tame Shipping Ltd v. Easy Navigation Ltd (The ‘Easy Rider’)*.⁶² In deze zaak was de vraag aan de orde in hoeverre partijen zich ter onderbouwing van een beroep op art. 68 Arbitration Act op een document dat een ‘vertrouwelijke’ motivering bevat, mogen beroepen. In deze procedure betoogde Tame Shipping dat er sprake was van een ‘serious irregularity’ doordat de arbiter zijn vonnis had gebaseerd op een argument waarvan zij niet op de hoogte was en waarop zij niet had kunnen reageren en doordat de arbiter een belangrijk bewijsstuk niet had meegenomen in zijn beslissing. Duidelijk was dat dit beroep geen enkele kans van slagen had indien Tame Shipping geen beroep zou kunnen doen op de vertrouwelijke motivering die de arbiter aan partijen had verstrekt.⁶³ De rechter kwam tot de conclusie dat een beroep op het ‘vertrouwelijke’ document wel degelijk mogelijk was. Daarbij voerde hij aan dat de mogelijkheden om een arbitraal vonnis aan te vechten onder de Arbitration Act 1996 aanmerkelijk zijn beperkt. Enkel in geval van zeer ernstige gebreken die een partij substantieel benadelen geeft art. 68 de overheidsrechter de mogelijkheid om in te grijpen. Indien een partij aanvoert dat van een dergelijke situatie sprake is, dient de overheidsrechter in principe aandacht te schenken aan al het relevante bewijsmateriaal. Doet hij dat niet, bestaat het gevaar dat een situatie die substantieel onrechtvaardig is, in stand blijft.⁶⁴

60 Zie art. 68 lid 2 sub d. Zie ook Harris, Planterose & Tecks 2014, nr. 681, p. 345-347, met verwijzing naar jurisprudentie.

61 Zie art. 22 (c) en (d) LMAA Terms 2012.

62 *Tame Shipping Ltd v. Easy Navigation Ltd (The ‘Easy Rider’)* [2004] EWHC 1862 (Comm), [2004] 2 CLC 1155.

63 R.o. 9.

64 Zie m.n. r.o. 27.

De rechter blijkt in de praktijk dus bereid om in het kader van art. 68 Arbitration Act acht te slaan op een ‘vertrouwelijke’ motivering die het scheidsgerecht aan partijen heeft verstrekt.⁶⁵ Hierdoor worden de mogelijkheden om ook in geval van een uitsluiting van het motiveringsvereiste een arbitraal vonnis aan te vechten, aanzienlijk verruimd. Echter, zelfs indien arbiters *geen enkele* motivering voor het vonnis hebben gegeven (ook niet in een apart document), is niet geheel uitgesloten dat een partij die wil opkomen tegen dit vonnis toch de beschikking krijgt over de redenen die aan de beslissing van arbiters ten grondslag liggen. Op grond van art. 70 lid 4 Arbitration Act heeft de overheidsrechter de bevoegdheid om het arbitragetribunaal te bevelen om zijn vonnis nader te motiveren indien de gegeven motivering onvoldoende is om een beroep op art. 67, 68 of 69 Arbitration Act behoorlijk te kunnen beoordelen. De rechter kan daarbij bepalen ten laste van wie de extra kosten zullen komen die dit bevel met zich brengt (zie lid 5). In de zaak *Tame Shipping Ltd v. Easy Navigation Ltd (The ‘Easy Rider’)* merkte de rechter op dat het weliswaar niet zo voor de hand ligt dat de rechter van deze bevoegdheid gebruikmaakt indien partijen overeengekomen zijn om af te zien van een motivering, maar hij achtte dit toch niet geheel uitgesloten indien de rechter ervan overtuigd is dat een kwestie van ernstige onregelmatigheid aan de orde is.⁶⁶ Concluderend kan men stellen dat aan de ene kant in het Engelse recht een veel rechtstreekser verband bestaat tussen de uitsluiting van het motiveringsvereiste en de toetsingsmogelijkheden van de rechter dan in Nederland. Uit de Engelse Arbitragewet blijkt immers expliciet dat het contractueel afzien van een motivering ook leidt tot een uitsluiting van de mogelijkheid om appel ten aanzien van rechtsvragen in te stellen. Daar staat tegenover dat de gevolgen van de uitsluiting voor de overige mogelijkheden tot controle door de overheidsrechter in de praktijk juist regelmatig beperkt zijn. Dit is een gevolg van de praktijk van arbiters om, ook als partijen contractueel hebben afgezien van een motivering, tóch enige redenen voor hun beslissing te verstrekken in een apart, vertrouwelijk document. De overheidsrechter blijkt bovendien bereid om acht te slaan op een dergelijke ‘vertrouwelijke’ motivering in een procedure tot aanvechting van een arbitraal vonnis.

5. Afsluitende opmerkingen

In dit artikel is onderzocht welke gevolgen de uitsluiting van het motiveringsvereiste heeft voor de mogelijkheden tot controle door de overheidsrechter op arbitrale vonnissen. Deze gevolgen blijken er, anders dan Van den Berg in zijn oratie leek te suggereren, wel degelijk te zijn. Aan de ene kant kunnen partijen door contractueel af te zien van een motivering de kans aanzienlijk beperken dat zij betrokken raken in een onsuccesvolle vernietigingsprocedure. Daar staat tegenover dat zij hierdoor het gevaar lopen zich niet met succes op vernietigbaarheid te

⁶⁵ Zie ook Russell on arbitration 2007, nr. 6-034, nr. 8-096.

⁶⁶ R.o. 24. Zie hierover ook Harris, Planterose & Tecks 2014, nr. 70F, p. 381.

kunnen beroepen, hoewel er wel een grond voor vernietiging bestaat. De kans dat een vernietigingsgrond zich voordoet, wordt als gevolg van uitsluiting van het motiveringsvereiste bovendien vergroot. De plicht tot het geven van een motivering dwingt arbiters immers om goed over hun beslissingen na te denken en deze ‘kwaliteitswaarborg’ missen partijen indien zij kiezen voor een ongemotiveerd vonnis.

Voor partijen is het van belang zich van deze gevolgen bewust te zijn wanneer zij een uitsluiting van het motiveringsvereiste overwegen. Uiteindelijk is het aan hen om op dit punt een afweging te maken. Gezien de geringe frequentie waarin in Engeland, en naar het schijnt ook in Duitsland,⁶⁷ van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, is het de vraag of in Nederland over een kwart eeuw veel meer ervaring is opgedaan met ongemotiveerde arbitrale vonnissen dan thans het geval is.

Hoewel een *volledige* uitsluiting van het motiveringsvereiste voor partijen vaak wellicht niet aantrekkelijk is, zou dit anders kunnen zijn voor een beperktere variant van deze afspraak. Ik zie daarbij twee mogelijkheden voor me. Ten eerste zouden partijen kunnen overeenkomen dat het arbitrale vonnis niet wordt gemotiveerd, tenzij een van hen hier binnen een bepaalde termijn alsnog om verzoekt. Zij zouden daarbij kunnen bepalen dat de partij die alsnog een motivering wenst, daarvan de kosten dient te dragen.⁶⁸ Hoewel art. 1057 lid 5 sub e Rv niet in een dergelijke beperktere afspraak voorziet, laat de wet hiervoor mijns inziens wel ruimte.⁶⁹ Voordeel van deze variant is dat partijen kunnen profiteren van een snellere en goedkopere beslissing, omdat de motivering in beginsel achterwege blijft. Het feit dat de motivering enkel op eigen kosten kan worden verkregen, werpt bovendien een extra drempel op tegenodeloze vernietigingsprocedures. Daar staat tegenover dat de partij die serieus aanleiding heeft om te denken dat er misstanden hebben plaatsgevonden bij de behandeling van haar zaak, de mogelijkheid behoudt om dat te controleren.⁷⁰ Interessant is dat partijen op deze manier contractueel een resultaat kunnen bewerkstelligen dat enigszins vergelijkbaar is met hetgeen in Engeland wellicht op basis van art. 70 lid 4 Arbitration Act kan worden bereikt.

Een tweede optie is dat partijen, naar Engels voorbeeld, afspreken dat het vonnis *zelf* niet wordt gemotiveerd, maar dat het scheidsgerecht wel in een apart document enige redenen voor zijn beslissing formuleert. Bij bewijsovereenkomst zouden partijen dit document vervolgens als bewijsmiddel in een gerechtelijke procedure

67 Zie Van Leyenhorst 2013, par. 4.

68 Zie ook Knigge 2012, p. 200.

69 Meijer wijst in het kader van de vraag naar de omvang van het dwingende recht in de Arbitragewet 2015 op het uitgangspunt dat, waar het meerdere is toegelaten, ook het mindere is toegestaan. Volgens hem is het bovendien toegestaan dat partijen de leemtes die de Arbitragewet 2015 laat, opvullen. Zie Meijer 2015, p. 49-50, p. 54-55 en G.J. Meijer & P.E. Ernste, ‘De Arbitragewet 2015, gezien in het licht van dwingend recht en regelend recht’, *RMThemis* 2015, p. 100.

70 Zie ook reeds Knigge 2012, p. 200.

naar aanleiding van de arbitrage kunnen uitsluiten.⁷¹ Het vonnis zélf kan wel als bewijs worden gebruikt in bijvoorbeeld een procedure om verlof tot tenuitvoerlegging te verkrijgen. Op deze manier kunnen partijen, op vergelijkbare wijze als bij een volledige uitsluiting van het motiveringsvereiste, *feitelijk* de mogelijkheid om vernietiging te vorderen aanzienlijk beperken. Voordeel ten opzichte van een volledige uitsluiting van het motiveringsvereiste is dat, doordat het scheidsgerecht de redenen voor zijn beslissing op papier dient te zetten, de kwaliteit van de beslissing beter is gewaarborgd. Bovendien dient de bewijsovereenkomst mijns inziens buiten toepassing te blijven voor zover uit de motivering van arbiters blijkt dat het arbitrale vonnis of de wijze waarop dit tot stand kwam in strijd is met de openbare orde. In zoverre is sprake van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan (zie art. 153 Rv). Door een dergelijke constructie wordt aan de ene kant de kans op nodeloze vernietigingsprocedures verkleind, maar behouden partijen aan de andere kant wel de mogelijkheid om op te komen tegen écht serieuze gebreken in de arbitrage.

Hoewel het 'private belang' van partijen regelmatig niet gediend zal zijn met een *volledige* uitsluiting van het motiveringsvereiste, biedt het nieuwe art. 1057 lid 5 sub c Rv bij nadere beschouwing kortom wel degelijk mogelijkheden.

71 Ook aan een dergelijke afspraak staat de Arbitragewet mijns inziens niet in de weg. Zie voetnoot 69.

Partijgetuigen in het civiele recht: België en Nederland

Bart Krans en Piet Taelman¹

I. Niet geheel gerust

Henk Snijders merkte in zijn noot onder het *Dombo*-arrest van het EHRM op niet voor 100% gerust te zijn op de afloop van een eventuele klachtprocedure in Straatsburg over de Nederlandse regel over de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring.² In België rees naar aanleiding van dit arrest de vraag of het gegeven dat zijn recht de partijgetuige niet kent, niet op gespannen voet staat met het vereiste van een eerlijk proces.³ Die ongerustheid, de grensoverschrijdende dimensie die de kwestie van de partijgetuige mede door het Europese *Dombo*-arrest en de EU-Bewijsverordening⁴ kan worden toegedicht en de goede betrekkingen tussen de Leidse en de Gentse rechtsfaculteit zijn voor ons aanleiding de regeling van de partijgetuige te bezien vanuit het Belgische en het Nederlandse recht.

I België

2. Het getuigenbewijs in het gereguleerde Belgische civiele bewijsrecht

In burgerlijke zaken geldt in België een gereguleerd of wettelijk bewijsstelsel.⁵ De wet (o.m. art. 1317-1369 BW) somt de toegelaten bewijsmiddelen op en bepaalt

¹ Prof. mr. H.B. Krans is hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. dr. P. Taelman is hoogleraar Burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Gent. Bart Krans dankt Taco Dieters, voormalig student-assistent in Groningen, voor het aanleveren van waardevol onderzoeksmateriaal. Piet Taelman dankt Niels De Waele, advocaat balie Antwerpen en voormalig student-assistent Instituut voor Procesrecht UGent, voor de gewaardeerde ondersteuning bij het verzamelen van de bronnen en de gedachtewisseling over dit onderwerp.

² H.J. Snijders in diens *NJ*-noot sub EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, *NJ* 1994/534, sub 8 *in fine*.

³ P. De Baets, 'Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2000, 5, nr. 9.

⁴ EU-Bewijsverordening, in het bijzonder art. 17; B. Samyn, 'EU-Bewijsverordening en onwillige getuige: het doel en de middelen' (noot sub Gent 23 februari 2012), *P&B* 2013, p. 79-82.

⁵ Cass. 11 december 1969, *Arr.Cass.* 1969-70, p. 356. De regelgeving is vooral terug te vinden in het BW (materieel bewijsrecht) en het Ger.W. (formeel bewijsrecht). Specifieke regels zijn verspreid over een reeks wetboeken en bijzondere wetten.

welke hun bewijskracht en hun onderlinge hiërarchie is. Verder regelt de wet de taakverdeling inzake bewijs tussen de partijen (o.m. art. 1315 BW en art. 870 Ger.W.) en omschrijft ze – weliswaar summier – de opdracht van de rechter in het raam van de bewijsgaring, -voering en -waardering. Die reglementering is niet in al haar aspecten absoluut, zodat ze niet resulteert in een volkomen strak, onwrikbaar systeem. Er blijft nog ruimte voor rechterlijke (beleids)vrijheid en appreciatie.⁶

Het toepassingsgebied van dit gereguleerd stelsel zijn de vermogensrechten.⁷ Het geldt enkel in zijn volle betekenis voor het bewijs van verbintenissen uit rechtshandelingen,⁸ in de verhouding tussen de daarbij betrokken partijen,⁹ dus niet ten aanzien van derden.¹⁰ Het vindt geen toepassing op het bewijs van feiten – zowel de zuiver materiële of blote feiten (waaraan de wet geen rechtsgevolg verbindt¹¹) als de rechtsfeiten (waaraan de wet wel rechtsgevolg(en) verleent)¹² –, op één categorie van rechtsfeiten na: de rechtshandelingen. Dit zijn handelingen die bewust worden gesteld door rechtssubjecten met als oogmerk rechtsgevolgen te creëren.¹³ Rechtsregels hoeven niet te worden bewezen.¹⁴

Deze nog goeddeels uit de *Code Napoléon* daterende vermogensrechtelijke bewijsregeling kent vijf wettelijk toegelaten bewijsmiddelen: het schriftelijk bewijs,¹⁵ het

6 Zie onder meer art. 871-882 Ger.W. De evolutie naar een meer actieve rechter heeft diens rol op bewijsrechtelijk vlak vergroot. Art. 25 W.Kh. voorziet omwille van de noodzaak het handelsverkeer zo vlot mogelijk te laten verlopen dat handelsverbintenissen, behalve door de bewijsmiddelen die het burgerlijk recht toelaat, ook kunnen worden bewezen door getuigen in alle gevallen waarin de rechtbank oordeelt dit te moeten toestaan. Hierop bestaan voor bijzondere gevallen uitzonderingen (art. 1341 BW, *in fine*; zie X. Dieux, 'La preuve en droit commercial belge', *TBH* 1986, p. 99-103).

7 Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia 2007, nr. 672, p. 380-381, nr. 672, die uitzonderingen aanstippen in het personen- en familierecht maar ook voor bepaalde vermogensrechten; W. Van Gerven m.m.v. Sofie Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2006, p. 653-657.

8 Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, p. 2670.

9 Cass. 3 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, p. 204; Cass. 18 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, p. 446; Cass. 17 november 2010, *Pas.* 2010, p. 2963.

10 B. Cattoir, 'Burgerlijk bewijsrecht', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, nr. 267-276, p. 142-148. Voor derden zijn rechtshandelingen waarbij ze geen partij waren rechtsfeiten, die door hen met alle middelen van recht kunnen worden bewezen.

11 Bijv. het feit dat het bewolkt is.

12 Bijv. het overlijden van een gehuwd persoon: zijn echtgenote wordt weduwe, zijn nalatenschap valt open.

13 Bijv. het schrijven van een testament, het afsluiten van een arbeidsovereenkomst, het erkennen van een kind.

14 De rechter wordt geacht het recht te kennen (*ius novit curia*).

15 Dit omvat de authentieke (art. 1317-1321 BW) en de onderhandse akte (art. 1322-1328 BW), alsook verscheidene andere geschriften (art. 1329-1340 BW).

getuigenbewijs (art. 1341-1348 BW), de vermoedens (art. 1349-1353 BW), de bekentenis (art. 1354-1356 BW) en de eed (art. 1357-1369 BW). Omwille van de rechtszekerheid kent het stelsel een duidelijke voorrang toe aan het schriftelijk bewijs.

Wanneer de bewijsvoering zich situeert in het raam van een proces, moeten de bovenstaande principes worden gecombineerd met de tegenspraak die de civiele procesvoering kenmerkt. Betwiste feiten moeten voor de rechter worden bewezen, waarbij elke partij de mogelijkheid moet krijgen datgene wat haar tegenpartij aan hem voorlegt, tegen te spreken. Het is rechters verboden bij hun besluitvorming te steunen op hen persoonlijk bekende feiten. Miskenning van deze regels schendt het recht van verdediging van de betrokken partij.¹⁶

De (Belgische) wetgever benadert het getuigenbewijs met wantrouwen.¹⁷ Dit uit zich zowel in de aan het getuigenbewijs verleende *bewijskracht* als de *toelaatbaarheid* ervan.

Aan het begrip ‘bewijskracht’ worden in België doorgaans twee betekenissen toegekend. In de eerste plaats verstaan we eronder de wettelijk opgelegde of verplichte bewijswaarde¹⁸ van de toegelaten bewijsmiddelen.¹⁹ In die betekenis duidt het aan in welke mate partijen en rechter gebonden zijn door het aangewende bewijsmiddel. Aan getuigenverklaringen komt, vanuit deze optiek, geen (dwingende) bewijskracht toe omdat het aan de rechter staat van geval tot geval te beoordelen welke bewijswaarde²⁰ hij eraan toekent. De tweede betekenis van ‘bewijskracht’ houdt verband met de inhoud van het aangevoerde bewijsmiddel: de rechter mag dit niet doen liegen. Dit is er een andere betekenis of draagwijdte aan geven met miskenning van wat de auteur ervan wou uitdrukken.

Of de rechter het getuigenbewijs mag toestaan, hangt in de eerste plaats af van de wet en mogelijke afspraken tussen partijen.²¹ De rechter mag slechts een getuigenverhoor bevelen nadat hij heeft vastgesteld dat het bewijs dat daaruit kan volgen door de wet en – in voorkomend geval – door een tussen partijen afgesloten

16 Van Gerven m.m.v. Sofie Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2006, p. 656-657. Cass. 26 juni 2002, *RGAR* 2002, nr. 13.617.

17 Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia 2007, nr. 741, p. 423 die als voordeel aanstippen dat dit bewijs van derden en niet van de twistende partijen afkomstig is.

18 Vgl. art. 151 Rv dat beschrijft wat dwingend bewijs inhoudt.

19 B. Cattoir, ‘Burgerlijk bewijsrecht’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, nr. 299, p. 155.

20 Dit is de waarde, het gewicht, de graad van geloofwaardigheid die de rechter aan het bewijsmiddel hecht (F. Dumon, ‘De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten’, *RW* 1978-79 (257), p. 307). Wanneer de rechter vrij is in de beoordeling van die bewijswaarde (zoals inzake getuigenbewijs), wordt soms geleerd dat het bewijsmiddel geen bewijskracht heeft (B. Cattoir, ‘Burgerlijk bewijsrecht’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 430, nr. 782, p. 430).

21 Zie art. 915 *in fine* en art. 916 lid 1 Ger.W.

bewijsovereenkomst of procedure-akkoord is toegelaten.²² Een belangrijke wettelijke begrenzing in burgerlijke geschillen vormt art. 1341 BW. Deze bepaling, die de principiële voorrang van het geschreven bewijs op het getuigenbewijs²³ bevestigt, leert dat een verbintenis door een authentieke of onderhandse akte moet worden bewezen indien het voorwerp ervan het bedrag van € 375 overschrijdt.²⁴ Getuigenbewijs kan dan niet worden toegestaan. Daarenboven mag niet met getuigen worden bewezen tegen of boven de inhoud van de akte, ook al betreft het een som of waarde van minder dan € 375.²⁵ Art. 1341 BW lijdt uitzondering wanneer er een begin van bewijs door geschrift aanwezig is²⁶ en in alle gevallen waarin het de schuldeiser niet mogelijk is geweest zich een schriftelijk bewijs te verschaffen van de verbintenis die jegens hem is aangegaan.²⁷

Een tweede begrenzing aan de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs volgt uit het bewijsprocesrecht. Art. 915 Ger.W. laat dit bewijs slechts toe indien de te bewijzen feiten voldoende bepaald en ter zake dienend zijn. Een getuigenverhoor kan enkel voor welomschreven of nauwkeurig opgegeven feiten worden bevolen, die daarnaast in de concrete context duidelijk en beslissend genoeg moeten zijn. Dit nauwkeurigheds- en pertinentievereiste wijst op grote autonomie in hoofde van de rechter bij het al dan niet toelaten van het getuigenbewijs,²⁸ die op zijn beurt wordt begrensd door het verschuldigde respect aan het – door art. 6 EVRM gewaarborgde – principieel recht op bewijs.²⁹

22 P. De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 4-4c.

23 Hetzelfde geldt voor het bewijs door vermoedens, dat overeenkomstig art. 1353 BW slechts toegelaten in de gevallen waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat. Cass. 6 december 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 486; Brussel 30 april 2009, *JLMB* 2010, p. 923.

24 Zie de verdere precisering van de regel in de art. 1342-1346 BW. Art. 1341 BW vermeldt niet 'verbintenis' maar wel 'alle zaken'. Aanvaard wordt dat de bepaling enkel toepassing vindt op rechtshandelingen verricht met het oog op het ontstaan of het tenietgaan van verbintenissen (Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia 2007, nr. 746, p. 426), niet op materiële feiten of rechtsfeiten (D. Mougenot, *Droit des obligations. La preuve*, Brussel: Larcier 2002, nr. 39 en 274, nr. 215, p. 109-110; Cass. AR C.05.0167.F, 26 oktober 2006, www.cassonline.be). Ze vindt in de regel evenmin toepassing op handelsverbintenissen, gelet op art. 25 W.Kh.

25 Cass. 13 mei 2005, *TBBR* 2006/289, m.nt. B. Van Baeveghem.

26 Zie art. 1347 BW.

27 Zie art. 1348 BW.

28 P. De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 5-5h en 7-7d.

29 Cass. 11 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1246; Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424; Cass. 13 maart 1997, *EJ* 1998, 106, noot F. Aps.

3. België kent de partijgetuigenis niet ...

In tegenstelling tot Nederland kent België de partijgetuigenis niet.³⁰ De hoedanigheden van procespartij en getuige zijn, zo wordt naar Belgisch recht algemeen aanvaard, niet met elkaar te verenigen. Dit volgt niet uit de wet, die – zoals eertijds ook het geval was in Nederland³¹ – het getuigenbewijs niet definieert. De rechtsleer omschrijft dit bewijsmiddel als ‘het bewijs dat voortvloeit uit de door de derde die geen procespartij is voor de rechter onder eed afgelegde mondelinge verklaring omtrent een betwist feit in een geding’.³² Het Hof van Cassatie greep het adagium ‘*Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*’³³ aan om het horen van een partij als

30 P. De Baets & B. Van Den Bergh, ‘Commentaar bij art. 915 Ger.W.’, *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1c; B. Allemeersch, ‘Commentaar bij art. 992 Ger.W.’, *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 7; P. De Baets, ‘Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2000, 4-5, nr. 6-9, p. 4-5.

31 G.R. Rutgers, ‘De partijgetuigenverklaring en art. 6 EVRM’, *WPNR* 6427 (2000), p. 908 en E. Grabandt, ‘De partij-getuige in het civiele geding’, *Trema* 2001, p. 389.

32 B. Cattoir, ‘Burgerlijk bewijsrecht’, in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 372, nr. 664, p. 372 met verwijzingen. Vgl. met D. Mougenot, *La Preuve*, Brussel: Larcier 2012, nr. 213, p. 303 ‘[la preuve] qui résulte des déclarations (témoignages) faites par des personnes (témoins) qui relatent ce qu’elles ont vu et entendu’. P. De Baets & B. Van Den Bergh, ‘Commentaar bij art. 915 Ger.W.’, *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1a: ‘bewijs dat geleverd wordt door een feitenverklaring onder eed – de “getuigenis” – afgelegd voor de rechter, in een getuigenverhoor georganiseerd conform het Gerechtelijk Wetboek, door een persoon die een rechtshandeling of een feit heeft bijgewoond, gezien of gehoord en die geen partij is in het geding, om de betwiste feiten duidelijk te maken’. Recent werd met de nieuwe art. 961/1-961/3 Ger.W. de mogelijkheid geïntroduceerd voor de rechter om, in gevallen waarin het getuigenbewijs toegelaten is, schriftelijke verklaringen van derden aan te nemen die de rechter inzicht kunnen verschaffen in de betwiste feiten waarvan die derden persoonlijk weet hebben. *Ratio legis* is het bestrijden van de gerechtelijke achterstand en het beheersen van de gerechtskosten. De vernieuwing komt tegemoet aan de verzuchting dat procedures waarin een getuigenverhoor wordt gehouden vaak nodeloos ingewikkeld en traag verlopen, terwijl een schriftelijke verklaring die aan welomschreven wettelijke voorwaarden voldoet in de meeste gevallen volstaat om de rechter in te lichten. Getuigenverhoren kunnen hierdoor worden beperkt tot de meest controversiële of delicate punten (W. Vandenbussche & W. Sys, ‘Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012’, *T.Fam.* 2013, p. 30-37; C. Van Severen, ‘Wet van 16 juli 2012 vereenvoudigt de regels van de burgerlijke rechtspleging’, *NNK* 2013, (16) p. 17-20; D. Mougenot & A. Hoc, ‘Les attestations écrites’, in: S. Rutten & B. Vanlerberghe (red.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge: die Keure 2015, p. 99-113).

33 ‘Niemand kan een betrouwbare getuige zijn in zijn eigen zaak’, of nog ‘Nul ne peut être [entendu comme] témoin dans sa propre cause’.

getuige uit te sluiten.³⁴ Zijn rechtspraak vond navolging in beslissingen van feitenrechters in burgerlijke,³⁵ straf-³⁶ en sociale³⁷ zaken.

4. ... maar wel het verhoor van partijen

Dat een partij niet kan optreden als getuige in haar eigen geding, betekent niet dat een partij haar visie op de processtof³⁸ niet kan laten horen. Naast de door of voor³⁹ haar opgestelde processtukken en het pleidooi,⁴⁰ kan ze op haar verzoek, dat van haar opponent(en), of op eigen initiatief van de rechter worden gehoord. Daartoe voorziet het Gerechtelijk Wetboek in een specifieke onderzoeksmaatregel, het 'verhoor van partijen'.⁴¹

Het verhoor van partijen, beter gekend onder zijn oude benaming – de persoonlijke verschijning van partijen –, leent zich tot verschillende toepassingen.⁴²

Als onderzoeksmaatregel kan het dienstig zijn voor de bewijsvoering en de waarheidsvinding. De rechter beveelt een partij persoonlijk aanwezig te zijn op de terechtzitting teneinde haar te kunnen ondervragen. De partij moet verschijnen en naar waarheid antwoorden op de vragen die de rechter stelt, zonder dat ze de eed moet afleggen.⁴³ Die, in de loop van het geding, afgelegde verklaringen maken, in

34 Cass. 22 september 1947, *Pas.* 1947, I, p. 371. De oorsprong ervan zou teruggaan op de *D.* 22,5,10 (Pomponius): 'De wetten ontnemen eenieder het recht te getuigen in zijn eigen zaak'.

35 Rb. Namen 3 juni 1988, *RRD* 1988, p. 413.

36 Cass. 17 februari 1976, *Pas.* 1976, I, p. 675.

37 Arbrb. Brussel 24 december 1981, *JTT* 1982, p. 246.

38 Te verstaan in de brede zin van het woord als de aanspraken die voor de rechter worden gebracht, m.i.v. de (rechts)feiten en -handelingen, alsook de producties die ter staving daarvan worden aangevoerd en alle daaraan verbonden bewijsrechtelijke aspecten.

39 Procesvertegenwoordiging door een advocaat is in België in de regel niet verplicht. In *civilibus* bestaat die verplichting enkel voor het Hof van Cassatie (art. 478 Ger.W.).

40 Art. 758 Ger.W.

41 Art. 992-1006 Ger.W.

42 B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 992 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 5-11.

43 B. Allemeersch, 'Valsheid en andere leugens in burgerlijk proces en bewijs', *TPR* 2003 (29), p. 37-38, die onder meer wijst op de plicht tot loyale medewerking van partijen aan de procesvoering. Een tekortkoming hierop kan de rechter aangrijpen als feitelijk vermoeden om hieruit de conclusies te trekken die zich in het concrete geval opdringen (vgl. G. De Leval, 'Brèves observations sur la loyauté et la sécurité dans le procès civil', in: S. David-Constant (ed.), *La bonne foi*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège 1990 (447), p. 451). Leugenachtige verklaringen kunnen niet strafrechtelijk worden vervolgd wegens valse getuigenis of eed, omdat de partij geen eed aflegt. Waar het Hof van Cassatie oordeelde dat het respect voor het bevel tot persoonlijke verschijning niet kon worden gehandhaafd via het opleggen van een dwangsom

de regel, geen bewijsmiddel uit. Hieruit mag niet worden besloten dat ze steeds van elke bewijswaarde blijven verstoken. Het Hof van Cassatie kwalificeert ze immers als 'loutere beweringen waarop een rechter zijn beslissing niet kan gronden, als ze niet worden gestaafd door andere gegevens of enig vermoeden'.⁴⁴

Indien de partijverklaring⁴⁵ de erkenning inhoudt door die partij van een voor haar nadelig (rechts)feit,⁴⁶ kwalificeert ze als bekentenis en maakt ze wel een bewijsmiddel uit. In de cassatierechtspraak wordt de bekentenis omschreven als 'de eenzijdige daad waaruit bewijs kan worden gehaald en die moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd'.⁴⁷ Wanneer ze wordt afgelegd – in een conclusie, ter terechtzitting of naar aanleiding van een verhoor van partijen – voor de rechter in het geding dat betrekking heeft op het feit waarover de bekentenis gaat, betreft het een gerechtelijke bekentenis.⁴⁸ Die levert ex art. 1356 lid 2 BW een volledig bewijs op tegen degene die ze heeft afgelegd. Ten aanzien van het (voorheen omstreden) feit is haar bewijskracht dwingend, zodat ook de rechter eraan is gebonden.⁴⁹

Een tweede toepassing van het verhoor van partijen is er gebruik van maken om te pogen partijen te verzoenen in de loop van de rechtspleging. De rechter kan hiertoe zelf initiatief ontplooien⁵⁰ en de verschijning gebeurt in raadkamer,⁵¹ wat de kans op een incidentele verzoening kan bevorderen.

De persoonlijke verschijning kan verder ook de goede procesorde dienen, zoals wanneer de door partijen verstrekte toelichting de rechter toelaat een (complexe) zaak beter te begrijpen.

(Cass. 18 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, p. 786), moet hier sinds de uitspraak van het Beneluxgerechtshof van 29 november 1993, *RW* 1993-94, p. 705, anders worden over gedacht.

44 Cass. 14 januari 2000, *RW* 2002-03, p. 276.

45 Die ook kan afgelegd worden door de bijzondere gevolmachtigde van de partij: Cass. 17 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, p. 1315.

46 Cass. 24 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, p. 946.

47 Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, p. 452, noot L. Van Valckenborgh: uit het arrest volgt dat niet langer vereist is dat de bekentenis wordt afgelegd met het oogmerk om voor de andere partij als bewijs te dienen (in dezelfde zin: (Cass. AR S.08.0137.F, 25 mei 2009; www.cassonline.be). Essentieel bestanddeel dat ze betrekking heeft op een persoonlijk en betwist feit met nadelige rechtsgevolgen voor de partij die de bekentenis aflegt (B. Cattoir, 'Burgerlijk bewijsrecht', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 160, nr. 302 en 171-174, nr. 318-323).

48 Cass. 15 juni 1967, *RW* 1967-68, p. 543.

49 B. Cattoir, 'Burgerlijk bewijsrecht', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 196, nr. 361. Andere auteurs zien in de bekentenis geen bewijsmiddel, maar wel een ontslag van bewijslast: het feit is door de bekentenis niet (meer) betwist, zodat het niet moet worden bewezen (Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen: Intersentia, 2007, nr. 777, p. 443).

50 Art. 992 Ger.W. dat voorziet in het ambtshalve bevelen van de persoonlijke verschijning van partijen.

51 Art. 993 Ger.W.

5. Wie is partij?

Derden kunnen niet worden verhoord in het raam van een persoonlijke verschijning en dit verbod raakt de openbare orde.⁵² Derden zijn geen procespartij en om hun stem in het geding te laten horen, kunnen, naast de recent ingevoerde schriftelijke verklaringen (art. 961/1-961/3 Ger.W.), enkel de regelen van het getuigenverhoor worden gebruikt.⁵³ Problemen rijzen evenwel in die gevallen waar de scheidingslijn niet scherp te trekken valt tussen wie partij en wie derde is.

Klassiek is het voorbeeld van de autobestuurder die zelf niet in het geding figureert over een verkeersongeval waarbij hij was betrokken, omdat zijn verzekeraar daarin als procespartij optreedt.⁵⁴ De rechter kan de bestuurder niet bevelen persoonlijk te verschijnen, omdat hij geen partij is. Hem oproepen als getuige doet rechters soms aarzelen omdat zijn betrokkenheid bij de feiten de vrees doet rijzen dat zijn verklaringen niet objectief zullen zijn. Nochtans staat de mogelijke vooringenomenheid, afhankelijkheid, partijdigheid of gebondenheid van een getuige niet aan het afnemen van het getuigenverhoor in de weg. Precies daarom voorziet art. 937 Ger.W. dat de rechter de getuige, hetzij ambtshalve, hetzij op vordering van een van de partijen, ondervraagt 'over de feiten die hem persoonlijk betreffen en invloed kunnen hebben op zijn getuigenis', waaronder 'het persoonlijk belang van de getuige bij de oplossing van het geschil'. De rechter beoordeelt ook hier vrij de geloofwaardigheid van die getuigenis,⁵⁵ onder meer rekening houdende met het belang dat de zaak heeft voor de getuige. Eenzelfde behoedzame houding zal de rechter aan de dag leggen wanneer hij een getuigenverklaring afneemt en vervolgens waardeert van familieleden, verwanten, vrienden of kennissen van één van de procespartijen.⁵⁶ Zo ook wanneer de rechter, in arbeidsrechtelijke aange-

⁵² Cass. 26 januari 1967, *Arr.Cass.* 1966-67, p. 651.

⁵³ Een beschikking die derden beval aanwezig te zijn bij een persoonlijke verschijning van partijen, zonder dat die derden als getuige werden opgeroepen, werd nietig verklaard (Gent 11 december 1998, *P&B* 1999, p. 271). Dit staat er niet aan in de weg dat een getuigenverhoor en een verhoor van partijen met elkaar kunnen worden gecombineerd (zie art. 1001 Ger.W.), onder meer met het oog op confrontatie van partijen en getuigen. De rechter mag de in eenzelfde proces-verbaal vervatte verklaringen van een partij en een getuige evenwel niet door elkaar haspelen (Cass. 12 februari 2001, *JTT* 2001, p. 273).

⁵⁴ B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 992 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 18; P. De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1c, en 'Commentaar bij art. 937 Ger.W.', nr. 7.

⁵⁵ Cass. 1 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, p. 717 en *RJI* 1990, p. 230; Bergen 28 november 2000, *RTDF* 2002, p. 90.

⁵⁶ Art. 937 Ger.W. (ondervraging over de graad van bloed- of aanverwantschap van de getuige met de partijen). Brussel 22 april 2004, *RTDF* 2005, p. 1094; Vred. Aalst 29 april 2003, *T.Agr.R.* 2003, p. 239. Pol. Mechelen 18 maart 2009, *VAV* 2009, p. 427.

legenheden, getuigen ondervraagt die ondergeschikte zijn, dan wel in een gezagsverhouding staan, ten aanzien van één van de partijen.⁵⁷

De vraag of bestuurders of zaakvoerders van een rechtspersoon een getuigenverklaring mogen afleggen in een geding waarin de rechtspersoon partij is, wordt terecht meestal ontkennend beantwoord.⁵⁸ Soms wordt op dit punt een onderscheid gemaakt tussen organen van de vennootschap en fysieke personen die in (leidinggevende) dienst zijn van de vennootschap, zonder dat zij een wettelijke of statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben. Deze laatsten kunnen, zo leert ook de *Dombo*-uitspraak, wel als getuige optreden in een geding waarin de vennootschap betrokken is.⁵⁹

De persoonlijke verschijning van rechtspersonen wordt geregeld in art. 994 Ger. W.: 'het vonnis of de beschikking wijst de agent of in voorkomend geval de organen of wettelijke vertegenwoordigers van de rechtspersoon aan, die moeten verschijnen.' De rechtspraak geeft hieraan een soepele invulling. Ook diensthoofden of andere personeelsleden die de rechtspersoon niet in rechte kunnen vertegenwoordigen, kunnen worden opgeroepen om als partij te verschijnen.⁶⁰ Indien er meerdere rechtspersonen in het geding zijn, dient de rechter wel – omwille van de eerbiediging van de wapengelijkheid – voor allen dezelfde standaard te hanteren.⁶¹

Geponeerd werd dat enkel de 'eigenlijke' (lees: materiële) procespartij en niet de degene die als haar vertegenwoordiger (lees: formele procespartij) optreedt per-

⁵⁷ Art. 937, 4° Ger.W. Arbh. Bergen 8 oktober 1997, *JTT* 1998, p. 18; Arbrb. Bergen 27 november 1998, *Soc.Kron.* 1999, p. 510, m.nt. J. Jacquemain; H. Buysens & K. Clinckemalie, 'Knelpunten inzake het bewijs van de dringende reden', *Or.* 2007 (235), p. 236; B. Nelissen & B. Vermeulen, 'Het proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren conform art. 516, 2de lid Ger.W. als alternatief voor het bewijs van de dringende reden in het arbeidsrecht door getuigen', *Limb.Rechtsl.* 2009 (249), p. 252-258.

⁵⁸ Rb. Namen 3 juni 1988, *RRD* 1988, p. 413; J. Petit, *Sociaal procesrecht*, Brugge: die Keure 2007, nr. 428, p. 499. Vgl. Cass. 25 februari 1980, *RW* 1980-81, p. 384. Anders: Arbh. Brussel 2 februari 1998, *RW* 2000-01, p. 354: 'De natuurlijke persoon die tegelijk orgaan is van de vennootschap, blijft nochtans een afzonderlijke juridische persoon. Dit wordt o.m. geïllustreerd door het feit dat hij niet persoonlijk gehouden is tot de contractuele verbintenissen die hij voor rekening van de vennootschap aangaat binnen zijn bevoegdheden.'

⁵⁹ De Baets & B. Van Den Bergh, 'Commentaar bij art. 915 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2015, afl. 98, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 1c, en 'Commentaar bij art. 937 Ger.W.', nr. 7.

⁶⁰ Cass. 25 oktober 1993, *Soc.Kron.* 1994, 138, noot.

⁶¹ G. Closset-Marchal, 'Le droit à la comparution personnelle et son applicabilité en cas de pluralité de degrés de juridictions' (noot onder EHRM 29 oktober 1991), *Rev.trim.dr.H.* 1992 (389), p. 397; B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 994 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 4.

soonlijk kan verschijnen.⁶² Er valt niet in te zien waarom de gevallen waar de materiële en formele procespartij niet dezelfde persoon zijn, anders moeten worden benaderd dan wanneer ze wel identiek zijn. Beiden, zowel materiële als formele procespartij, kunnen wegens hun hoedanigheid van partij niet als getuigen onder eed worden gehoord. Ze kunnen beiden wel worden verplicht persoonlijk te verschijnen om te worden verhoord.

6. Schendt het niet kennen van de partijgetuige het *fair trial* vereiste?

De Baets wierp op dat de Belgische rechter, ingevolge de autonome Europese norm vervat in art. 6 lid 1 EVRM en de interpretatie die het EHRM hieraan in zijn rechtspraak gaf, vroeg of laat bovenstaande vraag zal moeten beantwoorden.⁶³ Deze auteur las in het *Dombo*-arrest dat een verbod op partijgetuigenis met die verdragsbepaling niet verenigbaar is. Die conclusie staat haaks op de overweging van het EHRM dat '(t)he court notes at the outset that it is not called upon to rule in general whether it is permissible to exclude the evidence of a person in civil proceedings in which he is a party'.⁶⁴

Buiten kijf staat dat het *Dombo*-arrest leert dat partijen inzake bewijsvoering en -waardering *on equal footing* dienen te worden behandeld of, om het met Snijders te zeggen, dat 'gelijke monniken van gelijke kappen moet[en] [worden] voorzien'.⁶⁵ Het EHRM aanvaardde dat aan dit vereiste is voldaan wanneer de ene partij zich kan beroepen op een door een derde onder eed afgelegde getuigenis,⁶⁶ terwijl haar wederpartij zich slechts kan beroepen op een door een persoon – die krachtens de wet niet als getuige kon worden gehoord – (niet onder eed) afgelegde verklaring,⁶⁷ op voorwaarde dat de rechter die recht spreekt over de zaak zowel die getuigenis als

62 B. Allemeersch, 'Commentaar bij art. 992 Ger.W.', *Comm.Ger.* 2004, afl. 61, Mechelen: Kluwer losbl., nr. 17, met verwijzing naar Luik 3 januari 1985, *JL* 1985, 209 (gefaillieerde diende persoonlijk te verschijnen).

63 P. De Baets, 'Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen', in: *APR*, Mechelen: Kluwer 2000 (5), nr. 7-9.

64 EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, § 31, p. 534. Zie ook de noot van H.J. Snijders onder dit arrest, sub 3 en 6.

65 Noot Snijders sub EHRM 27 oktober 1993, 6. Zie ook HR 11 februari 2000, *NJ* 2001/31, r.o. 3.3.

66 Getuige Linder was de directeur van het in het geding betrokken bedrijf, maar hij kon dat bedrijf niet in rechte vertegenwoordigen en was niet bevoegd om voor het bedrijf het litigieuze huurcontract af te sluiten.

67 Deze verklaring werd afgelegd door mevrouw Ankerl, echtgenote van de wederpartij in het geding ten gronde. Omwille van die hoedanigheid verbiedt de (Zwitserse) wet dat zij, als getuige, onder eed een verklaring aflegt.

de verklaring in zijn besluitvormingsproces betreft en (vrij) waardeert.⁶⁸ Essentieel hierbij is *‘that the difference of treatment in respect of the hearing of the parties’ witnesses (waaronder het Hof zowel de getuigenis als de verklaring begrijpt) by the Court of First Instance did not place the applicant at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent’*.

Leidt het aftoetsen van deze door het Straatsburgse Hof uiteengezette principes aan het naar geldend Belgisch bewijsrecht niet kennen van de rechtsfiguur van de partijgetuigenis tot het besluit dat art. 6 lid 1 EVRM – onder de hierna gepreciseerde omstandigheden – wordt geschonden? Het antwoord op die vraag luidt volgens ons bevestigend.⁶⁹ Een partijverklaring, die het Hof van Cassatie betitelt als een ‘bewering’ (*une allégation*), levert – abstractie gemaakt van het geval waarin ze als bekentenis kwalificeert – geen toelaatbaar bewijsmiddel op: ‘[de rechter] mag er zijn beslissing niet op gronden indien die verklaring niet wordt gestaafd door andere gegevens of enig vermoeden.’⁷⁰ Wanneer en zolang geen dergelijk steunbewijs voorhanden is, moet de feitenrechter de verklaring terzijde laten liggen. Dat, eenmaal ander bewijsmateriaal wel wordt aangereikt, de rechter – net zoals hij dat doet met een onder eed afgelegde getuigenverklaring – vrij de geloofwaardigheid, kwaliteit, consistentie, coherentie en relevantie van de partijverklaring mag beoordelen, maakt de vastgestelde ongelijkheid in de uitgangspositie niet goed tussen wie enkel zijn partijverklaring kan inroepen in vergelijking met degene die een getuigenverklaring kan aanvoeren. De betrokken partijen worden op het vlak van de bewijslevering – in strijd met de slagzin van Snijders – niet gelijk behandeld. Die ongelijkheid zal zich vooral doen voelen in zaken waar het onderscheid tussen wie partij en ‘echte’ derde is, moeilijk te maken valt.

II Nederland

7. Partijen kunnen getuigen

Voorheen was het, als gezegd, partijen in Nederland niet toegestaan om als partij in eigen zaak op te treden. Partijen werden geacht niet voldoende onbevangen te zijn om in eigen zaak onder ede te getuigen. Ze mochten daartoe in elk geval niet worden gedwongen.⁷¹ Ook heeft de minister bij de parlementaire behandeling van het per april 1988 in werking getreden bewijsrecht wel opgemerkt dat de traditie dat een partij niet kan getuigen ongetwijfeld berust op de gedachte dat bij de figuur van een partij, optredend als getuige in eigen zaak onvoldoende waarborgen bestaan voor objectiviteit en waarheidsliefde om de van haar afkomstige verkla-

68 EHRM 23 oktober 1996 (*Ankerl/Zwitserland*), <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58067>, in het bijzonder §§ 36 en 38.

69 De vraag vertoont uit zijn aard enkel relevantie in zaken waarin het bewijs door getuigen en vermoedens mag worden geleverd.

70 Cass. 14 januari 2000, *RW* 2002-03, 276.

71 *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 171.

ringen voor het bewijs te bezigen.⁷² Bij die parlementaire behandeling hield de minister aanvankelijk (in 1959) ook vast aan de traditie om partijen niet te laten getuigen. De bedoeling was dat het verbod een wettelijke basis zou krijgen.⁷³ Ook in het Regeringsontwerp 1969 bleef het verbod op partijgetuigen nog overeind.⁷⁴ Er was echter weerstand. Zo pleitten onder meer de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten voor afschaffing van het verbod, met toekenning overigens van een verschoningsrecht aan partijen.⁷⁵ Op verzoek van de minister bracht de Subcommissie Burgerlijke Rechtsvordering voor de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke wetgeving nadien een advies uit over de kwestie. Dat advies bevatte een volledig uitgewerkt wetsvoorstel met toelichting.⁷⁶ Het advies werd, met de daarbij horende toelichting, door de minister overgenomen in het Gewijzigd Ontwerp 1981. Daarin werd voorgesteld dat partijen als getuige kunnen optreden.⁷⁷

Waarom de ommezwaai? Destijds is om verschillende redenen gepleit voor de invoering van de partijgetuige.⁷⁸ De minister noemde als belangrijke reden de gedachte dat de verklaring van een partij zelf niet noodzakelijkerwijs of zelfs maar als regel minder betrouwbaar is dan die van bijvoorbeeld de echtgenoot of echtgenote of de naaste familieleden, terwijl verhoor van laatstgenoemde wel is toegestaan. Ten tweede wees hij erop dat in de toenmalige rechtspraktijk zich geregeld casusposities voordoen waarin de uitsluiting van de partijgetuige als onbillijk kon worden ervaren, bijvoorbeeld omdat een natuurlijk persoon die procedeerde tegen een rechtspersoon zelf bijvoorbeeld niet als getuige kon optreden, terwijl haar wederpartij wel aan haar zijde betrokken personen als getuigen kon voortbrengen.⁷⁹

⁷² *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 174.

⁷³ Zie het voorontwerp van de staatscommissie (*Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 171-172). Het verbod zou in die zin moeten worden versoepeld dat de rechtspraak waarin het verbod ook was toegepast op formele procespartijen niet langer geldend zou moeten zijn.

⁷⁴ Het toen voorgestelde art. 187a luidde: 'Als getuige kan niet optreden een persoon die zelf als partij gebonden wordt door de afloop van het geding, noch degene die krachtens wet of statuten bevoegd is voor de partij te beslissen of mede te beslissen over het voeren van het geding.' (*Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 172).

⁷⁵ Opgenomen in *Advocatenblad* 1970, na p. 260.

⁷⁶ Dat voorstel en de toelichting zijn als bijlage bij de Memorie van Antwoord 1981 gevoegd.

⁷⁷ Art. 187a Rv.

⁷⁸ Zie het genoemde rapport van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en H. Pos, 'Pleidooi voor een beperkt partijverhoor onder ede', *NJB* 1971, p. 193 e.v. en C.H. Beekhuis, 'Het horen van partijen in een civiel geding als getuige', *Van Opstallbundel*, Deventer: Kluwer 1972, p. 1-10.

⁷⁹ *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 174/175.

Partijen kunnen thans dus als getuigen worden gehoord in hun eigen zaak.⁸⁰ De voornaamste bijzonderheid van de partijgetuige betreft de beperking van de bewijskracht van de door een partijgetuige afgelegde verklaring.⁸¹ De verklaring van een partij die als getuige is gehoord omtrent door haar te bewijzen feiten kan geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.⁸² De ratio van deze beperking van de bewijskracht is dat het te ver zou gaan indien het de rechter vrij zou staan om de juistheid te aanvaarden van de stellingen van een der partijen, ondanks tegenspraak van de tegenpartij, uitsluitend op grond van de verklaring van de belanghebbende partij.⁸³ Een verklaring van een partijgetuige kan dus alleen bewijs omtrent door haar te bewijzen feiten opleveren indien zij strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.⁸⁴ De beperking aan de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring geldt niet altijd. Die beperking betreft slechts de verklaring van een partij 'omtrent door haar te bewijzen feiten'. Dat betekent dat de beperking van de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring alleen geldt voor feiten of rechten waarvan de partijgetuige de bewijslast draagt. De verklaring van een partij die wordt gehoord in het kader van door die partij te leveren tegenbewijs heeft derhalve vrije bewijskracht.⁸⁵ Ook bij levering van tegenbewijs tegen een rechterlijk vermoeden is geen sprake van beperkte bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige.⁸⁶ Om te beoordelen of de verklaring van een partijgetuige vrije of beperkte bewijskracht heeft, moet dan ook worden gezien welke partij de bewijslast draagt.

80 Art. 164 lid 1 Rv. A-G Bakels merkt in zijn conclusie voor HR 10 augustus 2001, *NJ* 2001/526 (*Domaro/Pennings*), sub 2.5 op dat het EHRM in *Dombo* niet beoogd heeft een algemene uitspraak te doen over de uitsluiting van de partijgetuige. Hij wijst er daarbij ook op dat de regel dat een partij als getuige geen bewijs te zijnen gunste kan aandragen in een groot aantal Europese landen gelding heeft. M. de Tombe-Grootenhuys (*NJB* 1994, p. 186) heeft in verband met de implicaties van het Europese *Dombo*-arrest voor landen die de partijgetuige niet kennen terecht gesteld dat daarbij van belang zal zijn in hoeverre het systeem van burgerlijk procesrecht van die landen reële alternatieven bestaan voor de partij om, anders dan als getuige, een verklaring af te leggen in de procedure en welke waarde een degelijke verklaring kan hebben.

81 Overigens kan een partij ook nog steeds als partij worden gehoord, bijv. ter gelegenheid van een comparitie; zie hierover voor het Belgisch recht hiervoor par. 4.

82 Art. 164 lid 2 Rv.

83 Zo overweegt de Hoge Raad in zijn arrest van 15 april 2005, *NJ* 2005/272 (*Van der Zwart/Remmerswaal*), onder verwijzing naar *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 175.

84 Een ander verschil met andere getuigen is dat een procespartij niet gedwongen mag worden als getuige een verklaring af te leggen (art. 173 lid 1 Rv). Het opleggen van een dwangsom om die partij tot getuigen te dwingen is dan ook niet mogelijk (HR 6 april 2012, *NJ* 2012/363, m.nt. A.I. M. van Mierlo).

85 HR 7 april 2000, *NJ* 2001/32, m.nt. J.B.M. Vranken (*Meijering & Benus/Jan Meijer*), r.o. 3.8; HR 17 januari 2003, *NJ* 2003/176 (*Durinck/Pavema*), r.o. 3.2 en HR 4 april 2008, *NJ* 2008/201 (*Robur/De Koning*), r.o. 3.5.2.

86 Zie bijv. HR 30 januari 2009, *NJ* 2010/497 (*Jansen/Verwey*).

8. Wanneer voldoende ander bewijs: praktische puzzels (I)

De verklaring van een partijgetuige kan omtrent door haar te bewijzen feiten slechts bewijs in haar voordeel opleveren indien zij strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Wanneer is sprake van dergelijk onvolledig bewijs? Uit het fameuze arrest *Taams/Boudeling* volgt dat de verklaring van een partijgetuige geen bewijs in haar voordeel kan opleveren, indien geen aanvullend bewijs voorhanden is dat zodanig sterk is en zodanig essentiële punten betreft dat dit de partijverklaring voldoende geloofwaardig maakt.⁸⁷

De voorwaarde dat er voldoende aanvullend bewijs moet zijn, heeft in de praktijk tot diverse vragen geleid. Indien, bijvoorbeeld, twee personen een verklaring als partijgetuige hebben afgelegd, kan de verklaring van de ene partijgetuige dan dienen als begin van bewijs ter aanvulling van de verklaring van de andere partijgetuige? In 2005 besliste de Hoge Raad dat dit niet kan.⁸⁸ Dit arrest wordt ook wel geduid met 'twee maal nul is nul'.⁸⁹

De waarde van een partijgetuigenverklaring is ook aan de orde gekomen in een zaak over incest. Een vrouw stelt dat haar broer incest met haar heeft gepleegd. Aan de orde komt de verhouding tussen de door haar als partij afgelegde verklaring en een onderzoeksverslag van een medisch deskundige en verklaringen van behandelaars. De Hoge Raad verwerpt de stelling dat het deskundigenbericht en de verklaringen van de behandelaars niets toevoegen aan haar eigen verklaring dat bewijs zou kunnen opleveren. De gestelde feiten hebben zich naar hun aard in de regel immers slechts in aanwezigheid van partijen zelf afgespeeld. Bovendien behoort niet te worden uitgesloten dat een deskundigenbericht waarin de mededelingen van een partij aan een nader onderzoek worden onderworpen tezamen met de verklaring van de betrokken partij als getuige voldoende bewijs van de gestelde feiten oplevert, zo overweegt de Hoge Raad.⁹⁰

Ook heeft zich de vraag voorgedaan of de verklaring van een cedent gelijk te stellen is met de verklaring van een partijgetuige. In een zaak over de verkoop van een stuk grond cedeert koper 1 zijn rechten jegens de verkoper aan koper 2. In verband met een geschil over de vervuiling van de grond procedeert koper 2 vervolgens tegen de verkoper. Koper 2 legt in die procedure een verklaring af. Die verklaring geldt als een partijgetuigenverklaring. In cassatie wordt aangevoerd dat de door cedent (koper 1) afgelegde verklaring gelijk te stellen is aan de verklaring van een partijgetuige, omdat het vorderingsrecht van koper 2 door cessie is ontleend aan en

87 HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.4. In latere rechtspraak is dat criterium bevestigd; zie bijv. HR 13 april 2001, *NJ* 2002/391 (*Moes/Muijlaert*), r.o. 3.4 en HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/335, r.o. 4.5.2.

88 HR 15 april 2005, *NJ* 2005/272 (*Van der Zwart/Remmerswaal*).

89 Naar aanleiding van een opmerking van A-G Langemeijer in diens conclusie (sub 3.8) voor dit arrest.

90 De Hoge Raad voegt daar overigens aan toe dat de waardering van dergelijk bewijsmateriaal door de rechter zal dienen te geschieden met een bijzondere, op de delicate aard van dit materiaal afgestemde behoedzaamheid (HR 17 november 1995, *NJ* 1996/666, r.o. 3.2).

betrekking heeft op het vorderingsrecht van koper 1 zelf als contractspartij. Aangezien koper 1 in deze procedure geen partij is, besliste de Hoge Raad dat deze koper niet als partijgetuige kan worden beschouwd. De omstandigheid dat de door de cessionaris in dit geding jegens de verkoper geldend gemaakte vordering door de cedent aan de cessionaris is overgedragen, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat de cedent, als ware zij materiële procespartij, met de cessionaris als procespartij op één lijn gesteld kan worden.⁹¹

9. Wanneer voldoende ander bewijs: praktische puzzels (II)

In de praktijk is ook de vraag gerezen of de beperking van de bewijskracht van de partijverklaring eveneens geldt voor een schriftelijke verklaring van een partij. Het arrest erven *Adrichem/Reek* betreft de vordering tot schadevergoeding jegens bouwbedrijf Reek, ingesteld door de erfgenamen van Adrichem op grond van de stelling dat Adrichem ziek is geworden door blootstelling aan asbest in de tijd dat Adrichem bij Reek werkte. In het kader van de aan hun verstrekte bewijsopdracht dragen de erven twee getuigen voor (een oud-collega en een zwager van Adrichem) en leggen zij een schriftelijke verklaring over die Adrichem voor zijn dood heeft opgesteld. In hoger beroep oordeelt de rechtbank dat aan die verklaring niet meer bewijskracht toekomt dan die door hem als partijgetuige onder ede zou zijn afgelegd indien hij daartoe nog de gelegenheid had gehad, derhalve hoogstens aanvullende bewijskracht.⁹² Daar oordeelt de Hoge Raad anders over. De schriftelijke verklaring levert volgens de Hoge Raad bewijs door geschrift op en kan niet worden opgevat als bewijs door getuigen, aangezien de wet onder getuigen slechts diegenen verstaat die als zodanig ten overstaan van de rechter in het geding een mondelinge verklaring afleggen. De bewijswaardering daarvan is overgelaten aan het oordeel van de rechter, zo overweegt de Hoge Raad.⁹³ In zijn conclusie voor dit arrest (sub 15) heeft A-G Strikwerda opgemerkt dat er geen reden is de bewijskracht van een schriftelijke verklaring te richten naar de bijzondere regeling omtrent (partij)getuigen: juist omdat de bewijswaardering van de schriftelijke verklaring geheel aan het vrije oordeel van de rechter is overgelaten kan de rechter in zijn bewijswaardering rekening houden met de positie van de persoon die de schriftelijke verklaring heeft afgelegd, de omstandigheden waaronder dit is gebeurd en

⁹¹ HR 24 juni 2005, NJ 2006/58 (*Scheres/Marx*).

⁹² Daar de voorgedragen getuige, de voormalige oud-collega, niet uit eigen wetenschap heeft kunnen verklaren dat Adrichem met asbest in aanraking is gekomen, vormt zijn verklaring geen onvolledig bewijs (zo overweegt de rechtbank sub 8).

⁹³ HR 24 januari 2003, NJ 2003/166 (*Erven Adrichem/Reek*), r.o. 3.5. Zie over deze zaak T.R. Hidma, 'Bewijswaardering in civilibus', *Trema* 2005, p. 305-306.

de mogelijke belangen die de betrokkene heeft bij de zaak waarop zijn schriftelijke verklaring betrekking heeft.⁹⁴

Partijen kunnen ook anders dan als getuigen ten overstaan van de rechter een verklaring afleggen. Zij kunnen als partij worden ondervraagd ter gelegenheid van een comparitie.⁹⁵ Bovendien kan de rechter partijen vragen stellen naar aanleiding van de getuigenverklaringen.⁹⁶ Partijen beantwoorden de vragen dan zonder de belofte of de eed te hebben afgelegd. Wel dienen zij echter het proces-verbaal van het getuigenverhoor waarin hun antwoorden zijn weergegeven te ondertekenen.⁹⁷ Indien een getuige die niet tevens partij is wordt gehoord, hebben partijen het recht om ook elkaar vragen te stellen. Dat mogen zij zelf doen, of bij monde van hun raadslieden.⁹⁸

Een verklaring die een partij niet in hoedanigheid van getuige maar ter gelegenheid van een inlichtingencomparitie aflegt omtrent door haar te bewijzen feiten, kan in het voordeel van die partij geen bewijs opleveren.⁹⁹ Omtrent de verklaring die een partij aflegt ter gelegenheid van het verhoor van anderen als getuige is hetzelfde bepaald.¹⁰⁰ In die voorschriften ontbreekt de uitzondering voor het geval dat de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Als een partijverklaring in de zin van deze bepalingen strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs, valt zij dan ook niet onder het uitgangspunt van de vrije bewijswaardering.¹⁰¹

De vraag of er voldoende aanvullend bewijs is om de verklaring van een partij-getuige bewijskracht toe te kennen, is bron gebleken voor praktische vervolgvragen. De kwesties in deze en de vorige paragraaf illustreren dat.¹⁰²

94 In die zin schreven ook al F.G. Scheltema & H.J. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 207-208; vgl. M.J. Vos, 'Beperking bewijskracht partij-getuigenverklaring nog van deze tijd?', in: *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 534-535.

95 Vgl. art. 88 Rv. Art. 22 Rv geeft de rechter overigens de bevoegdheid om in elke stand van het geding bepaalde stellingen toe te lichten. Partijen kunnen dat weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.

96 Art. 179 lid 3 Rv.

97 Zie art. 180 Rv.

98 Art. 179 lid 3 Rv.

99 Zo volgt uit art. 88 lid 4 eerste volzin Rv.

100 Art. 179 lid 4 eerste volzin Rv.

101 Zo wordt althans aangenomen voor art. 179 lid 4 (Van Nispen 2014 (*T&C Rv*), art. 179, aant. 7, in fine). Voor art. 88 Rv kan ons inziens hetzelfde worden verondersteld.

102 In de praktijk zijn overigens meer kwesties gerezen in verband met het vereiste aanvullende bewijs. Dat betreft bijv. de vraag wie als partij in de zin van art. 164 lid 1 Rv heeft te gelden (zie onder meer HR 22 december 1995, *NJ* 1997/22 en 23 (*Reprotechniek/Traugott* resp. *Masteco/Top-Pharm*); HR 4 mei 2007, *NJ* 2007/274 (*Molenaar/Brabantse Delta*); HR 23 mei 2008, *JBPR* 2008/41 (*E&T/Hak*)) en de vraag op welk moment moet worden beoordeeld of iemand partij is als bedoeld in art. 164 lid 2 Rv (onder meer HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/138).

10. Meer principiële bezwaren

De beperking aan de bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige in het Nederlandse recht verdient wat ons betreft te worden afgeschaft.¹⁰³ De huidige regeling zorgt, zoals in de voorgaande paragrafen bleek, voor diverse praktische vragen. Er zijn echter ook meer principiële bezwaren tegen de huidige regeling. Ten eerste impliceert de beperkte bewijsrechtelijke betekenis van de verklaring van de partijgetuige dat er geen gelijkheid is tussen de verklaring van een partijgetuige enerzijds en de verklaringen van andere getuigen anderzijds.¹⁰⁴ Deze ongelijkheid is al eerder genoemd als bezwaar tegen de huidige regeling.¹⁰⁵ Snijders heeft, als gezegd, opgemerkt te bekennen niet voor 100% gerust te zijn op de afloop van een eventuele klachtprocedure over de regel in Straatsburg. Denkbaar is de redenering dat een zo rigide bewijswaarderingsbepaling als (thans) art. 164 lid 2 Rv in wezen neerkomt op een bepaling die de toelating van de bewijsmiddelen beïnvloedt. Wie geen enkel ander bewijs in huis heeft dan zijn eigen verklaring en de bewijslast draagt, kan zich het horen van zichzelf op voorhand besparen, dit weer behoudens de mogelijkheid dat de rechter (mede) uit zijn verklaring een feitelijk vermoeden ten gunste van het door hem gestelde afleidt, aldus Snijders.¹⁰⁶

De bewijswaardering is een toereikend en effectief middel om een ongelijke positie van partijen in een gelijke te doen verkeren, schreef Heemskerk al in 1988. Hij stelde daarbij tevens de vraag of het (destijds) nieuwe Nederlandse recht die ongelijkheid niet juist in stand laat daar de partijgetuigenverklaring een andere positie heeft dan andere verklaringen.¹⁰⁷ Het recht hebben op een gelijke behandeling bij de bewijslevering is niet hetzelfde als gelijke kansen bij de bewijswaardering, zo heeft Asser terecht opgemerkt. Hij wijst erop dat ten aanzien van de bewijswaardering echter niet a priori een zo onevenredige ongelijkheid mag worden geschapen, bijvoorbeeld door een asymmetrische beperking van de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen (zoals art. 164 lid 2 Rv), dat de gelijkheid van partijen op het punt van de bewijslevering *de facto* illusoir wordt en strijd ontstaat met de *equality of arms* van art. 6 EVRM.¹⁰⁸

¹⁰³ Wij sluiten ons dan ook aan bij eerdere – hierna te noemen – pleidooien voor afschaffing van de bijzondere regel over de waardering van de verklaring van een partijgetuige.

¹⁰⁴ In het *Dombo*-arrest oordeelde het EHRM de tot 1988 in Nederland geldende regeling in strijd met de *equality of arms* (EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, NJ 1994/534, m.nt. H.J. Snijders).

¹⁰⁵ Zie bijv. M. de Tombe-Grootenhuis, 'Het Europese Hof en de partij-getuige', *NJB* 1994, p. 185-188, i.h.b. p. 188. R.H. de Bock (*Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 279) spreekt in verband met de beperkte bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige van een anomalie in het bewijsrecht.

¹⁰⁶ NJ-noot sub EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, NJ 1994/534, sub 8 *in fine*.

¹⁰⁷ W.H. Heemskerk, noot onder HR 19 februari 1988, NJ 1988/725 (*Dombo*), derde alinea.

¹⁰⁸ W.D.H. Asser, noot onder HR 11 februari 2000, NJ 2001/31 (*Resort of the World St. Maarten/Civil Construction*), sub 12; vgl. recent G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, p. 29.

De beperking van de bewijskracht van de partijgetuigenverklaring klemmt temeer als men bedenkt dat het juist partijen kunnen zijn die het beste op de hoogte zijn van voor het geschil relevante feiten. In de woorden van Asser: dat partijen zelf de belangrijkste informatiebron in het proces zijn en daarmee van groot belang voor het vaststellen van feiten, is evident.¹⁰⁹

De verhouding tussen de bewijsrechtelijke betekenis van een ten processe afgelegde verklaring van een partijgetuige en een in het geding gebrachte brief (een vorm van schriftelijk bewijs) kan eveneens reden zijn om het voorschrift van art. 164 lid 2 Rv te heroverwegen. Hidma heeft opgemerkt dat een tijdrovend en kostbaar getuigenverhoor onder ede van een partij voor een gekwalificeerde rechter-commissaris *ex lege* steunbewijs behoeft en in wezen inferieur is aan een zonder enige waarborg door diezelfde persoon gefabriceerd kattenbelletje dat, althans in theorie, op eigen benen kan staan.¹¹⁰ De bewijsrechtelijke waarde van een schriftelijke verklaring is, afgezien van eventuele dwingende bewijskracht, overgelaten aan de rechter.

II. Tot besluit

Het Belgisch bewijsrecht vertoont inzake de partijgetuige een hiaat, terwijl de huidige Nederlandse regeling bezwaren kent, zowel van praktische als van meer principiële aard. Hoe zou het dan wel moeten? Dat is niet lastig. Het verdient wat ons betreft aanbeveling de gelijkheid in de toelaatbaarheid en de waardering van verklaringen van partijgetuigen en andere getuigen tot uitgangspunt te verheffen. De rechter kan zeer wel in staat worden geacht om met behoedzaamheid, die van geval tot geval en van verklaring tot verklaring kan verschillen, verklaringen waaronder de partijverklaring te waarderen.¹¹¹ Evenals bij niet-partijgetuigen moet de rechter, zo heeft Vos opgemerkt, als voldoende geëquipeerd worden beschouwd om partijgetuigen flink aan de tand te voelen en te confronteren met eventuele inconsistenties in de eigen verklaring of strijdigheid met verklaringen van anderen.¹¹² Vanzelfsprekend kan de rechter bij de waardering van die verklaring letten op diverse omstandigheden, waaronder de verhouding met verklaringen van andere partijen, getuigenverklaringen en andere gegevens in het dossier.¹¹³ Voor het Belgisch recht moet de partijverklaring ‘op dezelfde hoogte’ als de getuigen-

¹⁰⁹ Asser/*Procesrecht*/Asser 3 2013/165.

¹¹⁰ T.R. Hidma, ‘Bewijswaardering in civilibus’, *Trema* 2005, p. 306, sub 12.

¹¹¹ Zo heeft E. Grabandt, ‘De partij-getuige in het civiele geding’, *Trema* 2001, p. 391, gesteld. Hij bepleit dan ook dat de vrije bewijisleer zich ook uitstrekt tot de verklaring van de partijgetuige.

¹¹² M.J. Vos, ‘Beperking bewijskracht partijgetuigenverklaring nog van deze tijd?’, in: *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 539.

¹¹³ Zie over waardering van getuigenbewijs R.J.B. Boonekamp, *TCR* 2003, p. 29-30 en G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, hoofdstuk 10.

verklaring in het bewijsrecht worden geïntegreerd. Voor Nederland is schrapping van de regel van art. 164 lid 2 Rv wat ons betreft aanbevolen.¹¹⁴ Indien de beperking aan de bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige komt te vervallen, heeft annotator Snijders geen reden meer tot ongerustheid. Is dat niet een wenkend perspectief voor een welverdiend emeritaat?

¹¹⁴ Tot die tijd dient bedoelde beperking (Nederland), respectievelijk het geen acht slaan op de verklaring – de ‘bewering’ – van een procespartij (België), wat ons betreft terzijde te worden gelaten in gevallen waarin ‘de gelijkheid der wapenen’ in het gedrang komt; vgl. G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, p. 29.

Over de dief die eigenaar geworden is

*Teun van der Linden*¹

I. Inleiding

Gedurende de kwart eeuw die Henk Snijders als hoogleraar Burgerlijk Recht en Burgerlijk Procesrecht aan de universiteit Leiden in dienst is, heeft hij – onder heel véél meer – samen met Rank-Berenschot een handboek goederenrecht geschreven.² In mijn studietijd heb ik hieruit, met vele andere studenten, het goederenrecht geleerd. Het goederenrecht leerde ik kennen als een rechtsgebied met regels die, omwille van de rechtszekerheid en het belang van een soepel lopend rechtsverkeer, scherp zijn. Dit artikel ter ere van Henk Snijders gaat over een goederenrechtelijk vraagstuk, waarin het goederenrecht zich zo mogelijk op zijn hardst laat gelden. Het is bovendien een kwestie die zo oud is als het thans geldende Burgerlijk Wetboek: eveneens (bijna) een kwart eeuw. Brunner heeft voor het eerst op het probleem gewezen.³ De regels van het goederenrecht, meer precies: die van de verkrijgende verjaring, brengen mee, dat een dief na twintig jaar eigenaar van een door hem gestolen zaak kan worden, waarna de bestolene met lege handen komt te staan. Hoewel er voor deze juridische consequentie, met het oog op een soepel lopend rechtsverkeer, wel wat te zeggen valt, is zij vanuit het perspectief van de *Gerechtigheid* wat onbevredigend te noemen. Degene van wie een diamant of een schilderij gestolen wordt, staat na twintig jaar machteloos tegenover de dief, indien de dief het juweel of het kunstwerk twintig jaar onafgebroken in bezit heeft gehouden. Althans, zo lijkt het. In dit artikel staat de vraag centraal, of de dief inderdaad na twintig jaar eigenaar van een door hem gestolen zaak wordt, en zo ja, of de bestolene nog rechtsmiddelen geldend kan maken tegen de dief. Wij zullen zien dat de regels van het goederenrecht te weinig rek hebben om tot een oplossing te komen die het rechtsgevoel bevredigt. Betoogd zal worden dat het verbintenissenrecht wél de flexibiliteit heeft om de dief tot in lengte van jaren uit zijn slaap der

¹ Mr. T. van der Linden is PhD-Fellow bij de afdeling burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Hij doet een promotieonderzoek naar de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, waarbij hij zich met name toespitst op de aanvullende werking daarvan. Voorts richt zijn onderzoek zich op de vraag hoe het verrijkingsbeginsel tot zijn recht komt en kán komen in het systeem van het vermogensrecht.

² H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

³ C.J.H. Brunner, 'Dief wordt eigenaar', in: E.H. Hondius, W.G. Huijgen, Jac. Hijma e.a. (red.), *Quod Licet. Kleijn-Bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 45-53.

(on)rechtvaardigen te wekken, zonder dat het rechtsverkeer daar al te zeer onder te lijden hoeft te hebben.

2. Eigendomsverkrijging door de dief

Wanneer de dief de door hem gestolen zaak gedurende twintig jaar verborgen weet te houden, verkrijgt hij de eigendom daarvan. Dit hangt met het volgende samen. Bij diefstal neemt de dief de zaak in bezit op de voet van art. 3:113 lid 1 en 2 BW. Van de diefstal af oefent hij – voor zichzelf – de feitelijke macht uit en daarmee bezit hij vanaf de diefstal de zaak. De bestolene kan de zaak vanzelfsprekend van de dief revindiceren.⁴ Dit rechtsmiddel staat de bestolene echter niet tot in de lengte van jaren ten dienste. De revindicatie verjaart – behoudens stuiting – op grond van art. 5:2 jo. art. 3:306 jo. art. 3:314 lid 2 BW na twintig jaar. Art. 3:105 lid 1 bepaalt vervolgens dat degene die het goed bezit, ‘op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid’ het goed verkrijgt, óók als de bezitter het goed gedurende al die jaren te kwader trouw voor zichzelf heeft gehouden.⁵ Indien de revindicatie is verjaard, wordt de dief dus krachtens art. 3:105 lid 1 BW eigenaar van de door hem gestolen zaak.

De gedachte is dat het recht zich naar verloop van tijd bij de feiten behoort aan te sluiten.⁶ Zou de bestolene eigenaar blijven, dan zou hij immers – doordat hij geen rechtsmiddelen heeft om de zaak als zijn eigendom op te eisen – een eigenaar zonder tanden zijn. Verder is de dief niet alleen dief, maar ook deelnemer van het rechtsverkeer; derden kunnen op de door de dief verkregen rechtspositie voortbouwen. Gedacht kan worden aan degenen die van de dief verkrijgen en de schuldeisers van de dief.⁷

Hoewel er een aantal schrijvers zijn die het probleem relativeren,⁸ is de casus van de verkrijgende dief – in ieder geval in academische kringen – uitgegroeid tot een beruchte civielrechtelijke klassieker, waar flink over wordt gedebatteerd.⁹ Dit is

4 Art. 5:2 BW.

5 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/548; Goederenrecht 2012 (Snijders), nr. 249 en 254.

6 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 416.

7 Goederenrecht 2012 (Snijders), nr. 249.

8 Zie: H.W. Wiersma, ‘Geen verjaring zonder redelijkheid’, in: J.M. Buren-Dee & F.W. Grosheide (red.), *Privaatrecht en Gros*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1999, p. 46; P. Neleman, ‘Thieves Paradise revisited’, in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.N. Reehuis (red.), *CJHB Brunner-Bundel. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1994, p. 293-302; A.C. van Schaick, ‘Dief wordt vaak geen eigenaar’, *WPNR* 2005/6617, p. 289-290.

9 Zie bijv. Brunner 1992, p. 45-53; W.J. Zwolve, ‘Art. 3:105 lid 1 BW. Niet alléén een kwestie van termijnen’, *WPNR* 1995/6202, p. 773-774; R.J.Q. Klomp, ‘Een dubbele termijn voor de dief. Reactie op prof. Zwolve’, *WPNR* 1996/6231, p. 519-520; F.E.J. Beekhoven van den Boezem, ‘Andermaal: Ongerechtvaardigde verrijking door de werking van art. 3:105 lid 1 BW’, *WPNR* 2000/6416, p. 637-639; Chao-Duivis, ‘Dief wordt eigenaar... en blijft dat (helaas)!’, *WPNR* 1996/

niet onbegrijpelijk. Naast het feit dat de dief ten opzichte van de bestolene een onverdiend voordeel in de wacht sleept, ondersteunt het privaatrecht door de regels van verjaring kunst- en juwelendiefstal. Of hier ook daadwerkelijk gebruik van wordt gemaakt, is wat mij betreft een ondergeschikt punt; het privaatrecht zou die mogelijkheid niet onnodig moeten bieden,¹⁰ zéker in een tijd waarin een flink aantal misdadigers witte boorden hebben. Bijkomend pijnpunt is dat de dief onder het oude recht na dertig jaar pas veilig was voor bezitsacties, terwijl de dief onder het huidige recht al na twintig jaar onder de pannen is.¹¹ Verschillende oplossingen zijn voorgesteld, maar zoals we zullen zien, zijn geen van de tot nu toe in de literatuur aangedragen oplossingen zonder problemen.

3. Wordt een dief bezitter?

Van Schaick heeft betoogd dat de dief, zolang hij de zaak verbergt géén bezitter van een door hem gestolen zaak wordt, zodat hij níet door verkrijgende verjaring de eigendom verkrijgt.¹² Volgens hem is het bezit van de dief die zijn zaak verborgen houdt gebrekkig, omdat hij dan geen eigendomspretentie uitoefent en het eigendomsrecht van de eigenaar impliciet erkent: '[...] zijn bezit is niet openbaar en daarom gebrekkig'.¹³ Inmiddels is de strafkamer van de rechtbank te Rotterdam Van Schaick hierin gevolgd.¹⁴

Wat van dit betoog te denken? Met anderen meen ik, dat de opvatting van Van Schaick onjuist is.¹⁵ Mijn gronden zijn de volgende.¹⁶ Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf doet of voor een ander, moet, op grond van art. 3:108 lid 1 BW naar verkeersopvatting worden beoordeeld met inachtneming van de wet

6240, p. 732-734; P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring (Ars Aequi cahiers Privaatrecht)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 51-60; R.J.Q. Klomp, 'Dieven met geduld. Over verkrijgende verjaring te kwader trouw', in: I. Brand, M.E. Franke, E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid (BW-krant jaarboek 16)*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 70; A.C. van Schaick, 'Dief wordt vaak geen eigenaar', *WPNR* 2005/6617, p. 289-290; A.F. Salomons, 'Nogmaals art. 3:105: is een verbergende dief bezitter, houder of "gebrekkig bezitter"', *WPNR* 2012/6921, p. 199-205.

¹⁰ In gelijke zin: Klomp 2000, p. 73.

¹¹ Art. 2004 OBW, daarover: Brunner 1992, p. 45 en 49.

¹² Van Schaick 2005, p. 289-290; A.C. van Schaick, 'Wat is gebrekkig bezit?', *NTBR* 2011/25.

¹³ Van Schaick 2005, p. 289-290; A.C. van Schaick, 'Verbergende dieven usucapiëren niet', *WPNR* 2005/6639.

¹⁴ Rb. Rotterdam 27 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM4628, r.o. 5.17.

¹⁵ Zie bijv.: Goederenrecht 2012 (Snijders), nr. 249; J.E. Jansen, 'Reactie op "Dief wordt vaak geen eigenaar"', van mr. A.C. van Schaick in *WPNR* (2005), 6617', *WPNR* 2005/6639, p. 801-803; Van Es 2011, p. 51-53; A.F. Salomons, 'Dief wordt doorgaans wel bezitter', *WPNR* 2005/6639, p. 803-806 en Salomons 2012, p. 199-205.

¹⁶ In dezelfde zin: Salomons 2005, p. 804; Van Es 2011, p. 52.

(art. 3:109 e.v.) en op grond van de uiterlijke feiten.¹⁷ In dit verband is art. 3:113 lid 1 en 2 van belang. Inbezitneming is het zichzelf verschaffen van de feitelijke macht over het goed (art. 3:113 lid 1 BW); dit kan, zoals blijkt uit art. 3:113 lid 2 BW óók gaan om het goed van een ander, zij het dat ‘enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen’ in dat geval niet voldoende zijn. De gedragingen van degene die het goed in bezit neemt moeten door de ogen van het rechtsverkeer worden gezien met als achterliggend vraagpunt: is degene die het goed in zijn macht heeft voor zichzelf gaan houden of niet en zijn de machtsuitoefeningen daartoe duurzaam genoeg of niet?

Wie een auto van een ander wegneemt om aan *joy riding* te doen neemt de auto niet in bezit omdat de machtsuitoefening niet duurzaam genoeg is. Wie de auto daarentegen in zijn garage parkeert en de auto daar laat staan heeft de auto wél in bezit genomen. Een bezoeker die de auto in de garage van de dief ziet staan, zal menen dat de laatstgenoemde eigenaar is, evenals het de bestolene zelf duidelijk zal zijn dat hij het bezit van de auto kwijt is, wanneer hij een leeg parkeervak aantreft en verder niets van de auto hoort. Hetzelfde geldt voor een gestolen schilderij. De lege plek op de muur zegt de bestolene genoeg, evenals degene die de crimineel bezoekt zal menen dat de dief eigenaar is van het schilderij wanneer het schilderij in diens woon- of zolderkamer hangt.

4. De redelijkheid en billijkheid en verkrijgende verjaring

Voor de *revindicatie* geldt, zoals we hebben gezien, op grond van art. 5:2 jo. art. 3:306 BW een verjaringstermijn van in beginsel twintig jaar. Is het mogelijk dat deze verjaringstermijn buiten toepassing wordt gelaten omdat een beroep door de dief daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is? Hier is het arrest *Het land Sachsen/Cohen* van belang.¹⁸ Cohen laat in 1990 een schilderij van Jan van der Heyden – ‘Klooster in een landschap’ – taxeren bij Christie’s Amsterdam BV. *Het land Sachsen* (een museum in Dresden) legt revindicatoir beslag op het schilderij en vordert in rechte afgifte van het schilderij door Cohen omdat het schilderij in 1945 uit het museum is gestolen door de Russische bezetter. In rechte komt vast te staan dat Cohen het schilderij heeft gekocht van een Russische sportarts/-bokstrainer, die het schilderij op zijn beurt heeft gekocht van diens Russische familie. Het hof wijst de revindicatie af. De toen geldende verjaringstermijn van dertig jaar was verstreken en de omstandigheid dat het museum nooit in de gelegenheid is geweest om het schilderij te revindiceren, brengt niet met zich dat een beroep op de verjaringstermijn door Cohen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.¹⁹

¹⁷ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/116; Goederenrecht 2012 (Sniijders), nr. 249. En specifiek voor dit probleem: Salomons 2012, p. 201-202.

¹⁸ HR 8 mei 1998, NJ 1999/44, m.nt. Th.M. de Boer (*Sachsen/Cohen*).

¹⁹ R.o. 3.5.

‘Het bezwaar dat de eigenaar [...] de revindicatie kan verliezen voordat hij deze daadwerkelijk tegen die persoon heeft kunnen instellen, is niet doorslaggevend tegenover de eisen van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen en die verlangen dat na het verstrijken van een vanaf een vast tijdstip lopende, vaste termijn de zaak niet meer kan worden opgeëist op grond van vóór de aanvang van die termijn bestaande feiten.’

Zou de Hoge Raad anders (moeten) oordelen als de bestolene de dief rechtstreeks aanspreekt? De literatuur is verdeeld. Klomp breekt een lans voor de opvatting dat het beroep op de verkrijgende verjaring door de dief naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁰ Van Es denkt dat de Hoge Raad óók in dat geval de rechtszekerheid zal laten prevaleren.²¹ Snijders neigt eveneens naar deze conclusie:

‘Wie moeite heeft met de rechtsverkrijging door een bezitter te kwader trouw, bedenke dat het niet gaat om bescherming van deze persoon als zodanig, maar om bescherming van het rechtsverkeer in het algemeen. De bezitter te goeder trouw die van een dief heeft verkregen, profiteert eveneens van art. 3:105 lid 1 jo. 3:306 BW. Zo ook de crediteuren van de dief, zijn beslagleggers en eventuele beperkt gerechtigden op de zaak.’²²

Dit is mijns inziens de kern.²³ Verjaring van de revindicatie gaat ook het rechtsverkeer aan en is als zodanig van openbare orde. Daar komt nog bij dat het ‘beroep’ op de verkrijgende verjaring door de dief dogmatisch een hoogst merkwaardige constructie is. Een dief beroept zich niet zozeer op de verkrijgende verjaring, maar op het door hem verkregen eigendomsrecht. Eigendomsverkrijging krachtens art. 3:105 lid 1 BW vindt *van rechtswege* plaats.²⁴ Om deze twee redenen acht ik een succesvol beroep door de bestolene op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid weinig kansrijk. Goederenrechtelijk gezien staat de bestolene dus na twintig jaar waarschijnlijk met lege handen. Diens revindicatie is verjaard en zijn eigendomsrecht is in het vermogen van de dief gevloeid zonder dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid daar verandering in kan brengen. Heeft het verbintenissenrecht voldoende spankracht om de goederenrechtelijke klappen op het rechtsgevoel op te vangen?

²⁰ Klomp 2000, p. 70.

²¹ Van Es 2011, p. 57.

²² Goederenrecht 2012 (Snijders), nr. 249.

²³ Vgl. H.A.G. Fikkers, ‘Afstoten en terugkrijgen van kunstwerken. Over een Stichting Derdenkunst, de Six-archieven en de Malevitsj-collectie’, *NJB* 1999/28, p. 1804-1805. In meer algemene zin is zij tegen de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid als het gaat om verjarings-termijnen in het goederenrecht omdat in goederenrechtelijke casus de rechtszekerheid de doorslag moet geven.

²⁴ M.W.E. Koopman in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:105 BW, aant. 8 (online, laatst bijgewerkt op 1 februari 2015) en de aldaar vermelde vindplaatsen.

5. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking

In de literatuur is het standpunt ingenomen dat de dief, die op grond van art. 3:105 lid 1 BW de eigendom van een door hem gestolen zaak heeft verkregen, ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de bestolene, zodat de bestolene met succes een verrijksactie tegen de dief kan instellen (art. 6:212 lid 1 BW).²⁵ De gedachte is, dat de dief van een onrechtmatige bezitter tot een rechtmatige eigenaar wordt, hetgeen een verrijking is waarvoor geen rechtvaardigingsgrond bestaat. Art. 3:105 BW is, zo is de gedachte, slechts een goederenrechtelijke ordeningsregel net zoals de natrekkingsregel dat is. Wordt deze gedachte gevolgd, dan heeft de bestolene vijf jaar de tijd om de dief aan te spreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking en zelfs twintig jaar extra, indien de bestolene niet binnen vijftien jaar achter de identiteit van de dief komt. Aan deze oplossing kleven echter drie moeilijkheden die het welslagen van de verrijksactie onzeker maken.

In de eerste plaats kan de vraag rijzen of de verrijksactie zélf niet is verjaard, wanneer de dief na twintig jaar eigenaar geworden is. Of dit het geval is, hangt af van de vraag op welk moment de ongerechtvaardigde verrijking van de dief ontstaat. Wanneer iemand een zaak steelt, lijkt hij – op het eerste gezicht – niet verrijkt te zijn in de zin van art. 6:212 lid 1 BW. Door de diefstal verkrijgt de dief immers niet de eigendom, zodat zijn vermogen vlak na de diefstal niet met het eigendomsrecht vermeerderd is.²⁶ De verrijking lijkt daarmee pas in te treden wanneer de bezitsacties verjaren en hij de eigendom van de zaak verkrijgt door verkrijgende verjaring.

De dief geniet van de diefstal af echter een andersoortige verrijking: hij verkrijgt ten koste van de bestolene het bezit en de gebruiksmogelijkheid van de door hem gestolen zaak in handen, hetgeen als een verrijking in de zin van art. 6:212 lid 1 BW is aan te merken.²⁷ Daarmee heeft de bestolene van meet af aan een verrijksactie jegens de dief tot zijn beschikking, zij het dat het voor de hand liggender is dat de bestolene voor de revindicatie kiest. Dit zou betekenen dat ook de verrijksactie in ieder geval na twintig jaar verjaart zodat de bestolene niets wijzer wordt van de mogelijkheid om de dief uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken.

Dit is anders als men bereid is aan te nemen dat de eigendomsverkrijging door de dief ex. art. 3:306 jo. art. 3:105 een geheel *nieuwe verrijking* is die een nieuwe verrijksactie rechtvaardigt. Die hobbels zijn in mijn optiek wel te nemen: de verrijking van de dief is na de verkrijgende verjaring in wezen *vermeerderd* doordat

²⁵ Zwalve 1995, p. 774; Klomp 1996, p. 520; Beekhoven van den Boezem 2000, p. 638-639.

²⁶ Aldus: Zwalve 1995, p. 774.

²⁷ Dat het gebruik van andermans zaak als een verrijking aangemerkt kan worden is heersende leer. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:212 BW, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2012); R. Koolhoven, *Niederländisches Bereicherungsrecht*, Göttingen: V&R unipress 2011, p. 78; Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 203 en 217-218; Vgl. HR 24 mei 2013, NJ 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Subway*).

hij van een blootbezitter, van wie de zaak te allen tijde door de rechthebbende kan worden opgeëist, is gepromoveerd tot eigenaar die niet meer tot afgifte kan worden aangesproken. Die vermeerdering van de verrijking kan – als deze verrijking ongerechtvaardigd is (zie hieronder) – een nieuwe verrijksactie doen ontstaan.²⁸ Merkwaardig is dat één diefstal in deze zienswijze twee opeenvolgende verrijksacties met zich mee kan brengen; één op het moment van de diefstal, de ander na afloop van de termijn van de verkrijgende verjaring. Deze complicatie is echter hoogstens een bron van mogelijke verwarring, maar niet principieel van aard.²⁹

In de tweede plaats kan de vraag worden gesteld of de verrijking van de dief die ontstaat na de verkrijgende verjaring ongerechtvaardigd is. De in de literatuur gevolgde redenering dat art. 3:105 lid 1 BW slechts een goederenrechtelijke ordeningsregel is die de verrijking van de dief niet rechtvaardigt in de zin van art. 6:212 lid 1 BW kan die conclusie niet dragen. Het kwade werk wordt niet door art. 3:105 lid 1 BW alleen gedaan, maar óók – en met name – door de regels van de bevrijdende verjaring (art. 3:306 jo. art. 3:114 lid 2 BW). Door de bevrijdende verjaring komt de bestolene zonder rechtsmiddelen te zitten, art. 3:105 lid 1 BW sluit ‘slechts’ bij deze situatie aan. De regels van bevrijdende verjaring zijn allerminst te beschouwen als ordeningsregels die niet de strekking hebben om een met de verjaring samenhangende verrijking te rechtvaardigen. Die strekking hebben die regels juist wél.³⁰

Toch behoeft dit, in mijn optiek althans, niet noodzakelijk aan het welslagen van de verrijksactie in de weg te staan. Ook als wettelijke regels de strekking hebben om de verrijking te rechtvaardigen, zouden in mijn optiek – anders dan in de heersende leer wel wordt aangenomen³¹ – bijzondere omstandigheden kunnen maken dat een uit de wet voortvloeiende verrijking toch ongerechtvaardigd is en wel als de verrijking die uit de wet voortvloeit in de omstandigheden van het geval

²⁸ Jac. Hijma in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2015, art. 6:212 BW, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015).

²⁹ Vooralsnog is deze verwarring nog niet opgetreden, omdat er alleen oog is voor de tweede verrijksactie die zou ontstaan nadat de bezitsacties zijn verjaart en de dief de eigendom verkrijgt.

³⁰ Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 830. De daar genoemde verjaringsregels zijn die ter zake van vernietiging van overeenkomsten. Het uitgangspunt dat de verrijksactie die regels niet mag doorkruisen, kan mijns inziens ook worden doorgetrokken naar de regels van de bevrijdende verjaring.

³¹ Zie bijv. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/466; R.D. Vriesendorp, ‘Ongerechtvaardigde verrijking’, in: J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 316; T. Hartlief, ‘Ongerechtvaardigde verrijking naar Nederlands recht’, in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen* 2012, Den Haag: BJu 2012, p. 253-256, p. 262. HR 15 maart 2002, *NJ* 2004/126, m.nt. Kleijn (*Daams/Staat*), r.o. 3.4; HR 24 september 2010, *NJ* 2010/508 (*Groesbeek/Derks c.s.*).

onaanvaardbaar is.³² De rechtspraak van de Hoge Raad biedt daar wat aanknopingspunten voor, al hanteert de Hoge Raad voorsnog een rechtsverfijnde interpretatiemethode waarbij een zodanige draai aan de strekking van de wet wordt gegeven, dat de wet in de concrete omstandigheden de verrijking niet rechtvaardigt.³³ Hoe dit ook zij, dat de dief door de regels van bevrijdende en verkrijgende verjaring civielrechtelijke immuniteit verkrijgt is op zijn minst genomen bedenkelijk te noemen; in mijn optiek is het onaanvaardbaar. De derde moeilijkheid hangt opnieuw samen met de verjaringsregels. Zwolve en Klomp, die aanvankelijk meenden dat de bestolene na ommekomst van de verjaringstermijn een verrijkingssactie tegen de dief geldend kan maken, zijn daarop teruggekomen.³⁴ Dit hangt samen het volgende. Art. 3:314 lid 1 bepaalt dat de verjaringstermijn van een rechtsvordering die strekt tot opheffing van een onrechtmatige toestand gaat lopen vanaf de dag nadat de opheffing gevorderd kan worden. Art. 3:314 lid 2 BW bepaalt dat de verjaringstermijn van vorderingen tot opheffing van onrechtmatig bezit begint te lopen op de dag nadat een niet-rechthebbende bezitter is geworden. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat art. 3:314 BW net als art. 3:112 BW een sluitstuk van het verjaringsrecht is.³⁵ Art. 3:312 BW bepaalt dat rechtsvorderingen *ter zake* van de tekortkoming in de nakoming *niet later* verjaren dan de hoofdverplichting. Dit principe – dat meebrengt dat een nevenvordering nooit later dan de hoofdverplichting verjaart – geldt ook voor de revindicatie, zodat – in de optiek van Zwolve en Klomp – de verrijkingssactie mét de revindicatie verjaart. In de literatuur wordt deze opvatting onderschreven.³⁶

Beekhoven van den Boezem heeft zich hier echter tegen gekeerd. Volgens hem strekt de verrijkingssactie er niet toe om de onrechtmatige toestand van het verloren bezit ongedaan te maken, maar om de verrijking die het gevolg is van de eigendomsverrijking, zodat de verrijkingssactie pas ontstaat ná de verkrijgende en bevrijdende verjaring.³⁷ Ik ben het met van Beekhoven van den Boezem eens. Als de dief gedurende twintig jaar een door hem gestolen zaak verbergt ontstaan er (als

32 Zie: T. van der Linden, 'Ongerechtvaardigde verrijking en het stelsel van de wet', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013/2 p. 1448-1464. Vgl. M.H. Wissink, 'De emancipatie van artikel 6:212 BW. Enige beschouwingen over plaats en taak van ongerechtvaardigde verrijking', in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking. Preadviezen 2002 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 63-65. Hij betoogt, meer in algemene zin, dat naast systematische argumenten ook argumenten ontleend aan de billijkheid een rol kunnen spelen bij de toepassing van de verrijkingssactie.

33 Zie: HR 24 februari 2012, *NJ* 2012/143 (*Post/Kleijweg*), r.o. 4.4.3. Vgl. voorts HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437, m.nt. Van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm*) en HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/419, m.nt. Van Schilfgaarde (*Van der Werff q.q./BLG*), waar de Hoge Raad vrij soepel met de wet omgaat. Zie over deze arresten Van der Linden 2013, p. 1451-1459.

34 Zwolve 1996, p. 520; Klomp 2000, p. 72.

35 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 829.

36 Chao-Duvis 1996, p. 733; Van Es 2011, p. 54.

37 Beekhoven van den Boezem 2000, p. 638.

men met mij aanneemt dat de verrijking van de dief die uit art. 3:306 jo. art. 3:105 BW voortvloeit ongerechtvaardigd is) – als gezegd – twee verrijkingsacties. Vanaf het moment van de diefstal ontstaat er één ter zake van het bezit en de gebruiksmogelijkheid; dat is een nevenvordering van de revindicatie. Na twintig jaar ontstaat er een nieuwe verrijkingsactie, die pas ontstaat als de revindicatie verjaard is; met Beekhoven van den Boezem ben ik van mening dat dit géén nevenvordering is. Art. 3:312 jo. art. 3:314 lid 2 BW staat er niet aan in de weg, dat de bestolene de dief die de eigendom verkrijgt met succes aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Het bovenstaande leert dat het verdedigbaar is dat de dief, die na twintig jaar de eigendom verkrijgt van een door hem gestolen schilderij of juweel, met vrucht kan worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Maar daarbij moeten de grenzen van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, althans de heersende leer omtrent het ongerechtvaardigdheidsvereiste, wat worden opgerekt. De slagingskans is dus onzeker. Voorts blijft één nadeel van de verrijkingsaanpak hoe dan ook staan: twintig jaar na het ontstaan van de verrijkingsactie en veertig jaar na de diefstal verliest de bestolene de mogelijkheid de dief uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken. In mijn optiek is er echter nog een tweede verbintenissenrechtelijke weg die de bestolene kan bewandelen, het is bovendien een weg die niet door een precieze termijn begrensd is.

6. De redelijkheid en billijkheid en bevrijdende verjaring

Het beroep op de verkrijgende verjaring door de dief, of beter: het beroep op het eigendomsrecht dat hij van rechtswege verkregen heeft, is, als gezegd, niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De bedoeling is niet zozeer de dief te belonen voor zijn engelengeduld; de bedoeling is om het rechtsverkeer te beschermen: de schuldeisers van de dief worden beschermd evenals degenen die van de dief verkregen hebben, waaronder diens erfopvolgers. Hier laat zich, als eerder gezegd, een belangrijke karaktertrek van het goederenrecht gelden: de regels van het goederenrecht beschermen niet alleen de deelnemers die bij een bepaalde transactie betrokken zijn, maar alle deelnemers van het rechtsverkeer. Dit betekent evenwel niet dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid geen rol speelt in een geval waarin de bestolene na twintig jaar de dief probeert aan te spreken. Ik leg dit uit. Wanneer de bestolene geconfronteerd wordt met het feit dat zijn auto gestolen is en hij bekend is met de persoon van de dief, ligt het voor de hand dat hij de auto revindiceert. Er moet echter niet uit het oog worden verloren, dat de bestolene óók een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad tot zijn beschikking heeft. Hij kan, anders gezegd, in plaats van de *revindicatie* schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad vorderen.³⁸ Natuurlijk is na

³⁸ Juridisch is deze samenloop mogelijk, zie: C.A. Boukema, *Samenloop* (Mon. Nieuw BW A21), Deventer: Kluwer 1992, nr. 25; Brunner 1992, p. 48; J.E. Jansen, 'Enige opmerkingen en mededelingen over samenloop van verschillende vorderingen na diefstal', *GROM* 2006, p. 96.

twintig jaar (of eerder) óók deze vordering verjaard.³⁹ De vraag kan echter worden gesteld of het beroep op de verjaring door de dief, ter zake van deze onrechtmatige daadsvordering, wél naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is of kan zijn.

Bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van het verjaringsberoep door de dief ten aanzien van de onrechtmatige daadsvordering, speelt de bescherming van het goederenrechtelijke rechtsverkeer niet of in ieder geval veel minder. Zou een beroep op de verkrijgende verjaring ex art. 3:105 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, dan zou de bestolene de gestolen zaak als zijn eigendom kunnen *revindiceren*; eventuele schuldeisers in het faillissement hebben dan het nakijken evenals de rechtsverkrijgers, waaronder de erfopvolgers van de dief. Zakelijke rechten werken tegenover eenieder. De onrechtmatige daadsvordering is daarentegen een *persoonlijke* vordering die in een eventueel faillissement van de dief hoogstens een *concurrente* vordering met zich brengt. Verder zal alleen het beroep *door de dief* op de bevrijdende verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, dit zal in de regel niet het geval zijn als schuldeisers van de dief of verkrijgers te goeder trouw er een beroep op doen.

Een beroep op een verjaringstermijn is echter niet snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Over de lange verjaringstermijn van dertig jaar, zoals neergelegd in art. 3:310 lid 2 BW, overweegt de Hoge Raad in het arrest *Van Hese/De Schelde*.⁴⁰

‘Laatstbedoelde termijn heeft een objectief en in beginsel objectief karakter, dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden. Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn.’

Is het beroep van de dief op de lange verjaringstermijn van twintig jaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar*? In mijn optiek is dit het geval als de bestolene de dief *de facto* niet heeft kunnen aanspreken omdat hij niet bekend was met de persoon van de dief. Het *beginsel*⁴¹ dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt – dat in mijn optiek een rol

³⁹ Art. 3:310 lid 1 BW.

⁴⁰ HR 28 april 2000, NJ 2000/430, m.nt. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.1.

⁴¹ Te onderscheiden van de actie ex. art. 6:212 lid 1 BW.

kan spelen bij de invulling van de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – verzet zich daartegen. Als van iemand een roerende zaak gestolen wordt en de zaak krachtens de regels van verkrijgende verjaring in het vermogen van de dief vloeit, dan mag dit omwille van een goed lopend rechtsverkeer gerechtvaardigd zijn, maar dit is het niet ten opzichte van de geduldige dief indien de bestolene nimmer in de gelegenheid is geweest de dief aan te spreken.⁴² Niemand mag zomaar profiteren van zijn eigen onrechtmatige gedrag.

Tegen deze redenering zou ingebracht kunnen worden, dat een beroep op de lange verjaringstermijn slechts in uitzonderlijke gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat volgt in ieder geval uit de zojuist aangehaalde overweging van het *Van Hese/De Schelde*-arrest. Wie deze overweging tot zich neemt, en zich gebonden voelt aan de overweging dat de consequenties van de lange verjaringstermijn vanwege de rechtszekerheid slechts in uitzonderlijke gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, moet bedenken dat de terughoudendheid die in de overweging van de Hoge Raad doorschemert, is ingegeven voor het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. De tandarts die een fout maakt, de werkgever die zijn zorgplicht jegens zijn werknemer niet nakomt en de kroegbaas die een kelderluik laat openstaan, zij allen moeten op een gegeven moment weten of zij al dan niet worden aangesproken, zodat zij door kunnen zonder dat ze worden geconfronteerd met vorderingen van enkele decennia geleden. De dief is daarentegen van meet af aan te kwader trouw en het enige dat de dief gevraagd wordt is om datgene wat hij ooit gestolen heeft aan de eigenaar terug te geven ex art. 6:162 jo. art 6:103 BW. Heeft de dief de zaak verkocht, dan kan hij in mijn optiek worden aangesproken voor de waarde van de door hem verkochte zaak.

Voor het oordeel dat het beroep van de dief op bevrijdende verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zijn bovendien een aantal aanknopingspunten te vinden in de gezichtspunten die de Hoge Raad in het *Van Hese/De Schelde*-arrest naar voren brengt. Volgens de Hoge Raad moet bij het onaanvaardbaarheidsoordeel worden betrokken:⁴³

- a. of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;*
- b. in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;*
- c. de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;*

⁴² Ik voel mij gesterkt door het betoog van Schrage waarin hij in algemene zin betoogt dat een vordering niet behoort te verjaren als de gelaedeerde nooit de kans heeft gekregen zijn vordering te gelde te maken. E.J.H. Schrage, 'Contra non valentem agere, non currit praescriptio', *VrA* 2011, p. 86.

⁴³ R.o. 3.3.3.

- d. *in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;*
- e. *of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;*
- f. *of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;*
- g. *of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.'*

Betrekt men de gezichtspunten uit het *Van Hese/De Schelde*-arrest op het geval van de verkrijgende dief, dan springt in het oog dat het niet om letselschade gaat, maar 'slechts' om zuivere vermogensschade zodat het eerste gezichtspunt in het voordeel van de dief uitvalt. Maar hoe zwaar moet dit wegen? Het is slechts één gezichtspunt. Een aantal andere door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten wijzen sterk in de richting van de onaanvaardbaarheid van het beroep van de dief op bevrijdende verjaring. Diefstal is in hoge mate verwijtbaar (zie gezichtspunt c); de dief behoort, in de terminologie van de Hoge Raad, gedurende de verjaringstermijn 'rekening' te houden met diens aansprakelijkheid (zie gezichtspunt d); dat de dief zich maar moeilijk kan verweren tegen aansprakelijkheid (gezichtspunt e) zal niet zwaar wegen: het zal – omgekeerd – voor de bestolene lastig zijn de diefstal te bewijzen; de dief kan zich voorts niet verzekeren tegen diens aansprakelijkheid zodat het verzekeringsaspect geen rol speelt (zie gezichtspunt f). Aan dit alles kan worden toegevoegd dat de dief een voordeel aan zijn wandaad heeft overgehouden. Zou hij zich op bevrijdende verjaring kunnen beroepen dan zou hij dit voordeel mogen behouden. Het beroep van de dief op de bevrijdende verjaring van de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad is – in mijn optiek – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Er is nog één complicatie. Hoe zit het – de voorgestane oplossing indachtig – met de eigendomsverkrijging door de dief krachtens art. 3:105 lid 1 BW? Betoogd zou kunnen worden, dat de vordering uit onrechtmatige daad óók kan strekken tot beëindiging van het bezit, namelijk wanneer schadevergoeding in andere vorm dan geld – restitutie van de gestolen zaak ex. 6:103 BW – wordt gevorderd. Kan nu niet betoogd worden dat de dief nooit eigenaar is geworden omdat het aannemen van verjaring van de onrechtmatige daadsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zodat de verjaring van de rechtsvordering 'strekken tot beëindiging van het bezit', als bedoeld in art. 3:105 lid 1 BW, nimmer is 'voltooid'? Slaat de door mij verdedigde oplossing, anders gezegd, niet als een boemerang terug op de verkrijgende verjaring?

Ik meen van niet. De dief wordt eigenaar op het moment dat de in art. 3:310 lid 1 BW genoemde termijn is verstreken en wel omdat alleen de bestolene jegens de dief met succes kan betogen dat het *beroep* op de verjaring van de vordering uit onrechtmatige daad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Niet het verstrijken van de verjaringstermijn als zodanig is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, maar het *beroep* op art. 3:310 lid 1 BW

door de dief. De verjaring van de vorderingen strekkende tot de beëindiging van het bezit – als we de onrechtmatige daadsvordering al zo kunnen begrijpen – is na twintig jaar voltooid in de zin van art. 3:105 lid 1 BW, hetgeen betekent dat de dief ook als men mijn oplossing volgt ‘gewoon’ eigenaar wordt op de voet van art. 3:105 lid 1 BW. Dit brengt mee dat de bestolene géén revindicatie heeft jegens de dief, zodat hij in het geval van het faillissement van de dief hoogstens een concurrente vordering heeft en precies tot daar – bescherming van derden – behoort de rechtszekerheid door te werken.

7. *Pye/Verenigd Koninkrijk*

Ondersteuning van het voorgaande kan voorts worden gevonden in de zaak *Pye/Verenigd Koninkrijk*.⁴⁴ Het gaat, in het kort, om het volgende. De Grahams laten krachtens een contractuele verhouding hun vee grazen op het land van Pye. Wanneer het contract in 1984 niet verlengd wordt, trekken de Grahams zich daar niets van aan en gaan door met het gebruik van het land voor hun boerenbedrijf. In 1997 laat Graham zich als rechthebbende inschrijven en beroept zich daarbij op *the Limitation Act 1980* en de *Land Registration Act 1925* op grond waarvan hij na twaalf jaar van ‘*adverse possession*’ niet meer aangesproken kan worden door de oorspronkelijk eigenaar. In rechte krijgt Graham – uiteindelijk – gelijk.

Pye spreekt het Verenigd Koninkrijk aan vanwege schending van art. 1 Eerste Protocol EVRM. Nadat Pye in eerste instantie gelijk krijgt en een inbreuk wordt aangenomen, wordt de beslissing in tweede instantie teruggedraaid. Verkrijgende verjaring valt volgens het Hof niet onder onteigening maar onder de regulering van het gebruik van ‘property’. Dit is het geval omdat het eigendomsverlies van Pye (i) het gevolg is van een algemene en eenieder verbindende bepaling (de algemene regels van het privaatrecht); en (ii) het een regulering van eigendom betreft tussen private partijen (‘individuals’).⁴⁵ Nadat het Hof heeft vastgesteld dat de verjaring een redelijk doel dient,⁴⁶ geeft het aan dat de staat een ‘*wide margin of appreciation*’ heeft om te bepalen wat in het publieke belang is. Wél geeft het Hof aan, dat er een *fair balance* moet worden bereikt tussen het algemeen belang en het belang van individuele partijen: de wet mag niet tot resultaten leiden ‘which are so anomalous as to render the legislation unacceptable’.⁴⁷ Het Hof oordeelt dat het verlies van Pye geen inbreuk oplevert; daarbij wordt onder andere gerefereerd aan het feit dat Pye de termijn eenvoudig had kunnen stuiten: het vragen van huur zou daartoe al voldoende geweest zijn.⁴⁸

Jansen merkt op, dat de referte van het hof aan het gedrag van Pye – diens nalaten om de verjaring te stuiten – erop wijst, dat het hof de verkrijgende verjaring ziet als

44 EHRM 30 augustus 2007, 44302/02, NJ 2008/269, m.nt. Alkema (*Pye/United Kingdom*).

45 Zie respectievelijk r.o. 65 en 66.

46 R.o. 68-70.

47 R.o. 83.

48 R.o. 78-80.

een vorm van rechtsverwerking, en dat het stilzitten van Pye het Hof ertoe heeft gebracht dat er geen inbreuk is aangenomen op art. 1 Eerste Protocol EVRM.⁴⁹ Probleem is, zo betoogt Jansen, dat de bestolene niet van nalatigheid of 'eigen schuld' beticht kan worden indien hij onbekend is met de identiteit van de dief: de werking van art. 3:306 jo. art. 3:105 lid 1 BW ten aanzien van roerende zaken acht Jansen dan ook in strijd met art. 1 Eerste Protocol EVRM.⁵⁰ Of dit daadwerkelijk zo is, is in mijn optiek maar de vraag, omdat het Hof de beleidsvrijheid van de lidstaten onderstreept en het Hof dit soort zaken van geval tot geval bekijkt.⁵¹ Dit neemt niet weg dat de kans dat het Hof de Nederlandse regeling in strijd acht met art. 1 Eerste Protocol EVRM zeker niet denkbeeldig is. Wat hieraan te doen? Jansen pleit, geïnspireerd door het Amerikaans recht, voor invoering van een '*discovery rule*' die inhoudt dat de verjaringstermijn ter zake van de verkrijgende verjaring pas gaat lopen als de bestolene zowel bekend is met de identiteit van de dief als de locatie van de gestolen zaak.⁵² Nadeel van de door Jansen bepleite oplossing is dat deze nog niet goed in het geldende recht is in te passen: het vergt ingrijpen van de wetgever, vandaag de dag is de rechter noch de bestolene ermee geholpen. Voorts gaat de '*discovery rule*' verder omdat de bestolene de gestolen zaak als zijn eigendom kan revindiceren, zodat de regel ook de schuldeisers en de rechtsverkrijgers van de dief zal treffen.

De in dit artikel verdedigde oplossing kan op een andere manier recht doen aan de omstandigheid dat de bestolene nooit de kans heeft gekregen om de dief aan te spreken. De omstandigheid dat de bestolene jarenlang niet bekend is geweest met de identiteit van de dief maakt dat het beroep van de dief op bevrijdende verjaring van de onrechtmatige daadsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De omstandigheid dat het Hof de verkrijgende verjaring als een vorm van rechtsverwerking lijkt te zien en het feit dat het Hof alle gevallen op eigen merites beoordeelt, legt extra gewicht in de schaal voor dit standpunt. Daarbij wordt het rechtsverkeer – o.a. de schuldeisers en de verkrijgers van de dief – beschermd doordat de dief wel degelijk na twintig jaar eigenaar wordt, terwijl de bestolene de dief in persoon kan blijven aanspreken met een persoonlijke vordering: die uit hoofde van onrechtmatige daad.

8. Besluit

Helaas is een leerstoel niet aan verkrijgende verjaring onderhevig, zelfs nadat hij meer dan een kwart eeuw op de stoel heeft plaats genomen, heeft Henk Snijders de eigendom ervan nog altijd niet verworven. Integendeel, op zijn 65^e verjaardag heeft hij er van rechtswege afstand van moeten doen. Ik kan mij echter voorstellen, dat

49 J.E. Jansen, 'Heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens art. 3:105 gered?', *WPNR* 2007/6730, par. 3.

50 Par. 3.

51 Vgl. r.o. 85. In gelijke zin: Van Es 2011, p. 60.

52 Jansen 2007, par. 5 en de aldaar vermelde rechtspraak en literatuur.

hij als *emeritus* nog lang veel voor het recht en de universiteit zal betekenen. Want het behoeft geen verdere toelichting dat hij het Burgerlijk Recht en het Burgerlijk Procesrecht zich meer dan eigen heeft gemaakt. Niet door het laten verstrijken van de tijd, maar door een jarenlange toewijding voor het vak, zowel in het onderwijs als in het onderzoek.

Een scherpe blik in de glazen bol

*Over de noot bij HR 24 december 1999, NJ 2000/428 (Gouda/Lutz)*¹

*Siewert Lindenbergh*²

I. Aanrijding als aanleiding

Wanneer ik Leiden binnenkom en op weg ga naar het Academieggebouw, loop ik meestal via de Stationsweg, soms aan de linker- en soms aan de rechterzijde van de weg. Voor een voetganger is dat – afgezien van het oversteken van die weg – om het even; voor een fietser ligt dat anders: die *moet* rechts houden. Nu is het met het besef en de handhaving van die regel niet best gesteld: het overkomt mij in Rotterdam met regelmaat dat ik op een van de rijbaan gescheiden fietspad een, en soms zelfs twee naast elkaar rijdende, fietser(s) tegenkom die zich aan de onjuiste zijde van de rijbaan bevinden. Meestal is dat schrikken, doorgaans gaat het gelukkig nog net goed.

Dat kan niet worden gezegd van Hemelaar, die zich op 22 juli 1991 op zijn racefiets voortbewoog over het Stationsplein in Leiden vanaf de toenmalige rotonde bij de Morssingel in de richting van de Stationsweg. Op zijn route ontmoette hij maar liefst vier fietsers die zich op ‘zijn’ (fiets)weghelft bevonden. Hij slingerde, kwam ten val en brak zijn kaak. Zijn zorgverzekeraar – Gouda – sprak een van de vier fietsers, de Duitse mevrouw Lutz, aan tot vergoeding van de door haar gedragen ziektekosten.

Waarom is dit min of meer alledaagse ongeval aanleiding voor deze bijdrage? In zijn noot bij het arrest dat het resultaat was van de procedure die Gouda aanspande, munt de hier te lauweren annotator een term voor een figuur die in de jaren daarna een eigen leven is gaan leiden: de omkeringsregel. Deze regel – waarvan de toepassing niet beperkt is tot in de omgekeerde richting fietsende verkeersdeelnemers – heeft gedurende een tweetal decennia de gemoederen in het aansprakelijkheidsrecht danig beziggehouden. Niet alleen het munten van de term, maar ook de gedachten van de annotator over de toepassing van deze figuur zijn in het daaropvolgende debat veelzeggend gebleken. In deze bijdrage verken ik hoe de door de annotator geuite bedenkingen en waarschuwingen in de navolgende jaren weerklink hebben gevonden.

¹ De vindplaats van dit arrest wordt overigens op verschillende plaatsen (*Groene Serie* (Boonekamp), art. 98, aant. 2.1 en A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband* (oratie VU), Den Haag: BJu 2002) ten onrechte aangeduid met nr. 248 i.p.v. 428. Het lijkt mij gerechtvaardigd hier van een vermoeden van causaal verband tussen deze vermeldingen uit te gaan.

² Prof. mr. S.D. Lindenbergh is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2. Onzekerheid en ‘omkering’

Tussen Gouda en Lutz bestond verschil van inzicht over de toedracht van de val van Hemelaar. Gouda stelde zich, kort gezegd, op het standpunt dat Hemelaar was gevallen omdat Lutz op de verkeerde weghelft fietste en daardoor in aanraking kwam met de fiets van Hemelaar. In de lezing van Lutz kwam Hemelaar al slingerend op haar af omdat hij eerder met een trapper de grond of de stoeprand had geraakt en was de aanraking van haar fiets door Hemelaar het gevolg van diens slingeren en val, in plaats van andersom. De rechtbank nam causaal verband aan tussen de fout van Lutz en de val (en dus het letsel) van Hemelaar. Het hof vindt de oorzaak van de val van Hemelaar in diens eigen rijgedrag en oordeelt dat de fout van Lutz daaraan niet afdoet. Dat laatste acht de Hoge Raad niet juist:

‘Het op een fietspad rijden in de verboden rijrichting is een onrechtmatige gedraging die in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen vergroot. Indien dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven; het is dan aan de overtreder om te stellen en te bewijzen dat het ongeval ook zonder dat verkeersgedrag zou zijn voorgevallen (vgl. HR 16 november 1990, nr. 14013, NJ 1991, 55). Dit heeft het Hof klaarblijkelijk miskend, zoals in het bijzonder blijkt uit zijn overweging dat het feit dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed, niet eraan afdoet dat het ontstaan van het ongeval te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar.’

Nadat de geëerde annotator deze regel (onder 2b) ‘gemakshalve’³ als ‘omkeringsregel’ heeft benoemd en het in de rechtspraak tot dan toe aanvaardde toepassingsbereik ervan heeft geschetst, uit hij een aantal bedenkingen. De eerste betreft de toepassing ervan in de onderhavige casus: ‘een relatief onschuldige onrechtmatige gedraging met een relatief geringe kans op schade’. Dat brengt hem tot de tweede: ‘vergt de regel in ieder geval niet (...) nuancering naar gelang de ernst van de onrechtmatige daad of wanprestatie en de kans op een ongeval door die daad?’ Hij werpt in dat verband drie gezichtspunten op: de omkeringsregel is in het leven geroepen voor ernstige en in het algemeen gevaarlijke rechtsschendingen op het terrein van verkeer en veiligheid; de Hoge Raad lijkt de regel inmiddels op alle vormen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en wanprestatie toe te passen (‘al lijkt restrictie van die algemene toepassing in de nabije toekomst niet (...) denkbeeldig’);⁴ en het betreft een uitzondering op art. 150 (toen nog 177) Rv die overtuigende motivering vergt. Vervolgens doet hij een voorstel voor herformulering van de omkeringsregel, die inhoudt dat de aangesprokene niet wordt belast

3 Zie kritisch W.D.H. Asser in zijn noot onder HR 29 november 2002, NJ 2004/305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), onder 12, waar hij de kwalificatie ‘dubieus’ gebruikt. Maar: ‘Dat is acceptabel.’, omdat het gaat om een – althans tijdelijke – omkering van de bewijsleveringslast, aldus H.J. Snijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd’, NJB 2015/1902, p. 2667.

4 De annotator schrijft ‘niet ondenkbeeldig’, maar bedoeld zal zijn: ‘niet denkbeeldig’ of ‘niet ondenkbaar’.

met het bewijs dat het ongeval zich ook zonder zijn fout zou hebben voorgedaan, maar kan volstaan met het bewijs dat het ongeval is veroorzaakt door de gelaedeerde zelf of door een derde. Laten we eens bezien of deze bedenkingen en gezichtspunten ter harte zijn genomen.

3. Een vooruitziende blik

Het geannoteerde arrest stamt uit 1999, een periode waarin aan de omkeringsregel een (zeer) royaal bereik werd toegedacht. Zij was aanvankelijk toegepast bij schendingen van verkeers- en veiligheidsnormen die hadden geresulteerd in letsel, maar vervolgens ook bij schending van allerlei andere typen normen op het gebied van zowel onrechtmatige daad als wanprestatie.⁵ De annotator is in 2000 al niet zo zeker van bestendiging van deze ruime toepassing. Zo lijkt hem ‘restrictie van die algemene toepassing in de nabije toekomst niet (...) denkbeeldig’. Kennelijk beschikte hij over een vooruitziende blik, want betrekkelijk kort daarna kwam de Hoge Raad – zichtbaar mede geïnspireerd door de oratie van Akkermans⁶ – tot een ‘verduidelijking’ van de omkeringsregel, die hij dan ook zelf als ‘regel’ aanduidt. Die verduidelijking omvat drie stappen.⁷ Eerst wordt de ‘regel’ geduid:

- i. Het gaat om een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel, die een uitzondering biedt op de hoofdregel van art. 150 Rv, ‘in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan’.

Dan wordt haar toepassingsbereik gepreciseerd. Nadat de Hoge Raad eerst heeft gesteld dat de regel niet is beperkt tot een bepaalde categorie van gevallen, overweegt hij:

- ii. ‘Voor het maken van de in (i) bedoelde uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk⁸ wordt vergroot.’

⁵ Zie voor een uitvoerige beschrijving van deze ‘historie’ Akkermans 2002.

⁶ Akkermans 2002, p. 169.

⁷ HR 29 november 2002, *NJ* 2004/304 (*TFS/NS*) en HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Achtkarspelen*).

⁸ De eis dat het om een *aanmerkelijke* vergroting gaat is later vervallen, aldus: HR 23 november 2012, *NJ* 2012/669.

Ten slotte volgt de rechtvaardiging:

- iii. 'In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.'

Bezien we deze arresten van twee jaar later goed, dan adresseert de Hoge Raad precies de door de annotator in 2000 opgeworpen bedenkingen en gezichtspunten: het toepassingsbereik van de 'regel', de rechtvaardiging van de uitzondering op art. 150 Rv, en de kwestie van het tegenbewijs. Op alle drie aspecten ga ik kort in, maar eerst nog een opmerking over het karakter van de 'regel'.

De oorsprong van de omkeringsregel ligt in het ad hoc aannemen van een vermoeden van causaal verband in verkeerszaken.⁹ Het karakter van een vermoeden betekent dat de regel niet meebrengt dat het bewijsrisico wordt 'omgekeerd' en in zoverre is de 'omkeringsregel' dan ook geen zuivere aanduiding: zij vormt een jurisprudentieel vermoeden dat resulteert in een aanpassing van de volgens de hoofdregel van art. 150 Rv geldende bewijsleveringslast.

Met name met het aanvaarden van het 'regelkarakter' van de omkeringsregel heeft de Hoge Raad zich natuurlijk veel werk op de hals gehaald: door het vermoeden in (geleidelijk steeds meer on)bepaalde categorieën gevallen tot regel te verheffen werd de thematiek volledig onder het bereik van cassatietoetsing gebracht. Bij nader inzien was dat – zeker gelet op de onzekerheid die het geleidelijk steeds ruimere toepassingsbereik ervan heeft veroorzaakt – niet verstandig. Het was eigenlijk ook niet nodig, omdat het vermoeden ook zonder de regel meer of minder categorisch kan worden aangenomen.¹⁰

4. Toepassingsbereik

De door de annotator bij het royale bereik geplaatste bedenkingen hebben in ieder geval gehoor gevonden bij de Hoge Raad. Hoewel hij nog wel met zo veel woorden vermeldt dat toepassing van deze regel niet is beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen, preciseert de Hoge Raad de regel in deze arresten zodanig dat het toepassingsbereik ervan in feite fors is teruggesnoeid.¹¹ Gelet op zijn rechtspraak sindsdien, lijkt het in de praktijk toch vooral te gaan om schendingen van verkeers- of veiligheidsnormen die beogen te beschermen tegen ongevallen.¹²

9 Vgl. W.D.H. Asser in zijn noot onder HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), onder 14.

10 Vgl. W.D.H. Asser in zijn noot onder HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), onder 17 e.v.

11 Zo blijkt ook uit de kort erna verschenen arresten, geplaatst in *NJ* 2004/306 en 307.

12 Vgl. voor een analyse I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van de Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de "omkeringsregel"', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu 2009, p. 85.

Aldus is de ‘breedte’ van het toepassingsbereik van de regel krachtig ingesnoerd.

De opmerking dat het uit toepassing van de omkeringsregel voortvloeiende vermoeden ‘zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt’ heeft tevens de ‘diepte’ van het toepassingsbereik begrensd.¹³ Hoewel de Hoge Raad hier spreekt over de omvang van de *schade* (en dus het oog heeft op de begrotingsvraag), geldt dit eens temeer voor de omvang van de aansprakelijkheid in bredere zin, waartoe de toerekeningskwestie van art. 6:98 BW wordt gerekend: die toets vergt veeleer argumentatie dan bewijs.¹⁴

5. Rechtvaardiging

Was de hele omkeringsregelexercitie dan eigenlijk een dwaalspoor? Die conclusie zou ik niet willen trekken. Behalve een precisering van het bewijsdebat heeft zij ons vooral ingescherpt hoe materieelrechtelijke regels van invloed kunnen en moeten zijn op bewijswaardering. Zonder het jurisprudentieel vermoeden ten aanzien van het bestaan van causaal verband zou er van verschillende materieelrechtelijke aansprakelijkheidsregels maar weinig *terecht* komen.¹⁵ In zoverre levert toepassing van de omkeringsregel onmiskenbaar een bijdrage aan handhaving van het materiële en het subjectieve recht.¹⁶ Nu kan men dat begrip handhaving – net als overigens het adagium ‘Ieder draagt zijn eigen schade’ – zowel feitelijk (‘zo is het’) als normatief (‘zo hoort het’) opvatten. Feitelijk bezien hebben het aansprakelijkheidsrecht en de ter effectuering daarvan dienende procesrechtelijke regels onmiskenbaar ten doel om rechten (‘aanspraken’) te handhaven. Meer normatief bezien kan het feit dat een rechtsregel is geschonden die beoogt te beschermen tegen een specifiek risico, rechtvaardigen dat de benadeelde een zeker voordeel van de twijfel ten aanzien van het bewijs van causaal verband, althans een zekere ‘voorsprong’ in het bewijsdebat, wordt gegund. Het daartegen aangevoerde bezwaar dat de aansprakelijke het risico loopt om te worden veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt¹⁷ is weinig richtinggevend, omdat het eenvoudigweg kan worden weggestreept tegen het risico dat hij *niet* wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij *wel* heeft veroorzaakt. Uiteraard

¹³ Zie in dezelfde zin HR 19 december 2003, NJ 2004/348 (*S/Staat*).

¹⁴ Zie daarover nog wat apodictisch HR 2 oktober 1998, NJ 1998/831 (*Nacap/Shellfish*).

¹⁵ Vgl. I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001, p. 465 e.v. Zie voor een meer fundamentele beschouwing over deze samenhang recent D.J. van der Kwaak, *Een theorie van het privaatrecht* (Mon. Privaatrecht 17), Deventer: Kluwer 2015.

¹⁶ Vgl. in deze zin Akkermans2002, p. 127 e.v. en I. Giesen, *Proportionele tendensen in het aansprakelijkheidsrecht* (Preadvies VBR), Deventer: Kluwer 2009, p. 111.

¹⁷ Een risico dat zowel door de Hoge Raad (HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*)) als door Klaassen (*Causaliteitsperikelen* (Preadvies VASR), Deventer: Kluwer 2012, p. 3 e.v.) wel is benadrukt.

moet dit er niet in uitmonden dat onrechtvaardige bewijsbeslissingen worden genomen,¹⁸ maar dat neemt niet weg dat de normschending wel richting kan geven aan het bewijsdebat, en aldus consequenties kan hebben voor de uitkomst ervan. Dat (ook) in de bewijswaardering normatieve elementen een zekere rol vervullen, lijkt mij gelet op de rol die het bewijs in het aansprakelijkheidsrecht vervult ook beslist te billijken. We zien dat inmiddels niet alleen bij toepassing van de ‘omkeringsregel’, maar ook bij het daarmee vergelijkbare ‘tot uitgangspunt nemen van causaal verband’,¹⁹ alsmede bij aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid, waarbij het bestaan van de normschending, de aard van de normschending en de aard van de schade als hulpmiddel dienen.²⁰ Dat burgerlijk recht hier een zekere burgerlijke moraal²¹ aan de dag legt, acht ik geen zonde.

6. Tegenbewijs

Nu de omkeringsregel is ontmaskerd tot jurisprudentieel vermoeden, heeft ook het daartegen te leveren tegenbewijs een scherper gezicht gekregen. De geëerde annotator stelde reeds in 2000 voor dat het tegenbewijs zou moeten worden beperkt tot bewijs van de stelling dat het ongeval ook zonder het verkeersgedrag zou zijn voorgevallen. De Hoge Raad nam (ook) dat in 2002 over (althans aan), met de toevoeging ‘waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt’. Het ‘vermoedenkarakter’ van de omkeringsregel en het daaraan verbonden tegenbewijs relativeren de werking van de regel in belangrijke mate. Zij illustreren bovendien niet alleen het belang van het bewijsdebat, maar ook de royale ruimte voor rechterlijke waardering daarbinnen. Dat biedt de rechter in het concrete geval volop de gelegenheid om zijn bewijsoordeel fijn te slijpen.²²

7. Tot slot

Met deze bijdrage ben ik in die zin over mijn eigen schaduw heen gesprongen, dat ik eerder heb gesteld dat er over de omkeringsregel al meer dan genoeg is geschreven.²³ Ik vind daarvoor bij deze gelegenheid evenwel een rechtvaardiging in het feit dat de hier gelauwerde annotator een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het binnen acceptabele proporties terugbrengen van het debat. Dat verdient een pluim. En daarom kon deze bijdrage kort zijn.

¹⁸ Vgl. daarvoor kennelijk bevreesd Snijders 2015.

¹⁹ Vgl. HR 27 november 2009, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World-Online*).

²⁰ HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*). Zie over deze figuren uitvoerig I. Giesen & K. Maes, ‘Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten’, *NTBR* 2014/27.

²¹ Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 1997.

²² Vgl. voor de verschillende slijpstenen die hem daarbij ten dienste staan Snijders 2015, p. 2667.

²³ S.D. Lindenbergh, ‘De betrekkelijkheid van de omkeringsregel’, *WPNR* 2004/6580, p. 433-437.

Vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid: een contradictio in terminis?

Tea Mellema-Kranenburg¹

I. Inleiding

In deze bijdrage aan de afscheidsbundel voor Henk Sniijders heb ik gekozen voor het onderwerp ‘vruchtgebruik’. Het vruchtgebruik verbindt ons op twee terreinen: enerzijds het goederenrecht zoals dat op de universiteit gedoceerd wordt, ook door Henk, en anderzijds de praktijk van de ‘modellen voor de rechtspraak’ waarin ik onder zijn hoofdredactie het testamentaire erfrecht met een belangrijk onderdeel gewijd aan het vruchtgebruik behandel.

Vruchtgebruik vormt een bijzondere figuur in het goederenrecht. Het is een beperkt genotsrecht dat op alle goederen gevestigd kan worden en lijkt enigszins op het recht van erfpacht. Maar vruchtgebruik wordt niet, zoals erfpacht, uitsluitend op onroerende zaken gevestigd. Het recht van vruchtgebruik is ook weer beperkter dan het recht van erfpacht omdat het vruchtgebruik meestal verbonden is aan het leven van de vruchtgebruiker. Een andere overeenkomst met erfpacht is dat het een genotsrecht is, waarvan de blooteigendom bij de eigenaar blijft rusten.² Daarnaast kan het evenals het erfpachtrecht in zekere zin op maat gemaakt worden voor de situatie waarvoor het wordt ingesteld.

Het vruchtgebruik stamt uit het Romeinse recht. Daarin was het uitgangspunt ‘salva rerum substantia’. De vruchtgebruiker mocht de zaak gebruiken, maar hij moest deze in stand houden en aan het eind van het vruchtgebruik weer teruggeven. Ook de huidige wet gaat nog steeds uit van dit principe. Zo bepaalt art. 3:201 BW: vruchtgebruik geeft het recht om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten. Toch wordt het huidige vruchtgebruik³ in een bepaalde vorm een gedenatureerd vruchtgebruik genoemd, ook wel een hybride figuur. De reden daarvan is dat aan de vruchtgebruiker bevoegdheden kunnen worden verleend die de bevoegdheden van een eigenaar/rechthebbende benaderen zoals het verlenen van vervreemdings- en

¹ Prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg is hoogleraar Familievermogensrecht aan de Universiteit Leiden en notaris te Katwijk.

² Zie Sniijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, nr. 8.2.1.

³ Zoals dat geldt sinds 1992.

verteringsbevoegdheid. De oorsprong daarvan ligt in het erfrecht. Aanvankelijk (vóór 1992) zou de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot geregeld worden in de vorm van een van rechtswege werkend vruchtgebruik dat qua bevoegdheden de tot dan toe veel gebruikte testamentaire ouderlijke boedelverdeling⁴ moest benaderen. Op grond van de ouderlijke boedelverdeling kon de langstlevende vrijwel onbeperkt over de goederen van de nalatenschap beschikken en deze ook verteren. Bij de ouderlijke boedelverdeling bestond geen verplichting het vermogen in stand te houden. Deze vrijheid staat echter op gespannen voet met het in stand houden van het vruchtgebruikvermogen. In de praktijk is met deze figuur van vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid ook niet altijd even eenvoudig om te gaan.

In het onderstaande wil ik deze hybride figuur van vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid bespreken en de wenselijkheid van het bestaan daarvan onderzoeken.

2. Ratio vruchtgebruik moderne maatschappij

Was in vroeger tijden het vruchtgebruik bestemd om vermogen binnen de familie te houden, in de huidige tijd heeft het vruchtgebruik vooral betekenis om de langstlevende verzorgd achter te laten. Echter, ook in de moderne regelingen blijft het in stand houden van het ‘stamvermogen’ een belangrijk element bij het instellen van een vruchtgebruik. Zo geeft het vruchtgebruik altijd de goederenrechtelijke bescherming met een flink aantal dwingendrechtelijke bepalingen (zoals art. 3:207, 3:213 BW).

Tegenwoordig bestaan er ook andere samenlevingsvormen waar de zekerheid, die de vruchtgebruikregeling biedt, een rol speelt. Men denke aan testamentaire regelingen voor ongehuwd samenwoners en de steeds meer voorkomende stief-ouderrelaties waarbij twee aparte gezinnen samengevoegd worden.⁵ Daarnaast spelen fiscale motieven vaak een belangrijke rol voor het instellen van een vruchtgebruik. Met name bij vermogensbestanddelen die binnen korte tijd sterk in waarde kunnen stijgen, is vruchtgebruik een gewild instrument. Het in stand houden van het vruchtgebruikvermogen is hierbij de belangrijkste drijfveer. Bij al deze redengevingen is vertering van het stamvermogen niet nodig. Ik kom hier in mijn conclusie op terug.

3. Begripsbepaling vruchtgebruik

Wanneer men in de wet naar een definitie van vruchtgebruik zoekt, zal men deze niet vinden. De wetgever geeft door het opsommen van de bevoegdheden die de

⁴ Geregeld in art. 4:1167 (oud) BW.

⁵ De zogenoemde ‘patchworkgezinnen’.

vruchtgebruiker toekomen aan wat onder vruchtgebruik verstaan moet worden (art. 3:201 BW):

- a. het recht om andermans goederen te gebruiken; en
- b. daarvan de vruchten te genieten.⁶

Wanneer deze twee elementen ontbreken is er mijns inziens geen sprake meer van vruchtgebruik. Het gaat daar uitdrukkelijk om het recht tot het gebruiken van andermans goederen en het recht daarvan vruchten te trekken. Met andere woorden de vruchtgebruiker moet de mogelijkheid hebben tot gebruik dan wel het genieten van de vruchten.

Het vereiste dat de vruchtgebruiker ‘de zaak in stand houdt (art. 803 (oud) BW)’ is in de huidige wet niet expliciet teruggekeerd. Men zou daarover kunnen zeggen dat dat vereiste impliciet in de wet is opgenomen doordat de vruchtgebruiker ‘zich als een goed vruchtgebruiker moet gedragen’ (art. 3:207 lid 3 BW) en daarnaast dat in het woord (de vruchten) ‘trekken’ de instandhoudingseis besloten ligt. Voorts zal waar het gaat om verteringsbevoegdheid in de zin van art. 3:215 BW van instandhouding geen sprake zijn.

Gezien de bovengemelde opsomming gaat het bij het vruchtgebruik om een ‘genotsrecht’.

Het vruchtgebruikrecht is, gezien de plaatsing in Boek 3 een beperkt recht, dat op alle goederen kan rusten, zowel op rechten als op zaken, niet echter op een onzelfstandig onderdeel daarvan.⁷

Daarnaast heeft het vruchtgebruik zaaksgevolg en droit de *préférence*. Het recht van vruchtgebruik is overdraagbaar, behoudens het speciale recht van gebruik en bewoning (art. 3:226 lid 4 BW).⁸

4. De vervreemdings- en verteringsbevoegdheid van art. 3:212 BW

Op twee plaatsen in de titel vruchtgebruik geeft de wetgever de mogelijkheid aan de vruchtgebruiker vervreemdingsbevoegdheid te verlenen.

In de eerste plaats gaat art. 3:212 lid 1 BW uit van het beginsel dat de vruchtgebruiker bevoegd is om vruchtgebruikgoederen die bestemd zijn om vervreemd te worden, te vervreemden. Men denke daarbij aan vruchten in de boomgaard die geoogst en verkocht moeten worden.

6 Zie T.J. Mellema-Kranenburg, *Vruchtgebruik* (Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap KNB 1999), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 15.

7 Zie HR 29 mei 1985, NJ 1986, m.nt. W.M. Kleijn.

8 Zie T.J. Mellema-Kranenburg, *Vruchtgebruik* (Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap KNB 1999), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 16.

Veel verder gaat art. 3:212 lid 2 BW waarin geregeld wordt dat bij vestiging van het vruchtgebruik kan worden bepaald dat sommige of alle onder het vruchtgebruik vallende goederen door de vruchtgebruiker (zelfstandig) kunnen worden vervreemd. Dat betekent dat bijvoorbeeld in een testament waarin het recht van vruchtgebruik van de echtelijke woning aan de langstlevende echtgenoot wordt gelegateerd, bepaald kan worden dat de langstlevende echtgenoot bevoegd is de woning – zelfstandig – buiten de hoofdgerechtigden om, te vervreemden. Dat kan praktisch zijn, bijvoorbeeld als de langstlevende ‘kleiner wil gaan wonen’ en haar⁹ grote huis wil omruilen voor een wat meer comfortabel appartement. De hoofdgerechtigden worden in dat geval beschermd door de wettelijke bepalingen van zaaksvervanging (art. 3:213 lid 1 BW): hetgeen in de plaats van een vruchtgebruik onderworpen goederen treedt doordat daarover bevoegdelyk wordt beschikt, behoort toe aan de hoofdgerechtigden en is eveneens aan het vruchtgebruik onderworpen.¹⁰ Tot hoever de bevoegdheid van de vruchtgebruiker strekt, kan in het testament/de vruchtgebruikregeling worden bepaald.

Daarnaast zal er in alle gevallen dat er sprake is van vruchtgebruik, bij het handelen van de vruchtgebruiker getoetst worden aan de algemene norm van art. 3:207 lid 3 BW: handelen als een goed vruchtgebruiker. Dit is een open norm die qua invulling, zoals dat bij open normen gaat, tot problemen kan leiden: is het nu wel of niet noodzakelijk een reparatie aan het huis te laten verrichten?

Ten slotte zou ter bescherming van de blooteigenaar de vervreemdingsbevoegdheid van de vruchtgebruiker eventueel nog gecombineerd kunnen worden met een bewind dat ingesteld wordt in het belang van de hoofdgerechtigde (art. 3:221 lid 1 BW), zodat bij vervreemding door de vruchtgebruiker de belangen van de hoofdgerechtigden worden gewaarborgd.

Gezien de ratio die het moderne vruchtgebruik heeft, lijkt mij het bovenstaande een verantwoorde wijze van regelen van het vruchtgebruik.

5. De vervreemdings- en verteringsbevoegdheid van art. 3:215 BW

Zoals bij het begin van dit betoog al werd opgemerkt, was het aanvankelijk de bedoeling van de wetgever om de positie van de langstlevende echtgenoot te regelen door middel van een wettelijk vruchtgebruik, dat, anders dan de huidige andere wettelijke rechten geregeld in afdeling 4.3.2. BW, van rechtswege zou werken. Aan verzorging van de langstlevende is inherent dat er geld uitgegeven wordt. Bij grote vruchtgebruikvermogens zullen er altijd wel voldoende vruchten zijn om aan deze verzorgingsbehoefte tegemoet te komen, maar bij ‘modale’

9 Bij het schrijven over de langstlevende bestaat de natuurlijke behoefte in de vrouwelijke vorm te spreken. Statistisch is de langstlevende (nog steeds) de vrouw.

10 Zie S. Perrick, *Zaaksvervanging*, Den Haag: BJu 2016, p. 81 e.v. en J.P. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen 2010), nr. 121 e.v.

nalatenschappen zullen de vruchten zelfs bij een gunstig beleggings- en renteklimaat veelal niet voldoende zijn om aan de verzorgingsbehoefte te voldoen. Om toch aan deze verzorgingsbehoefte tegemoet te komen, creëerde de wetgever de zogenoemde verteringsbevoegdheid in art. 3:215 lid 1 BW.¹¹ Aan de vruchtgebruiker kan de bevoegdheid worden verleend tot vervreemding en vertering van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen. Het gaat hier om de mogelijkheid om de vruchtgebruiker vervreemdings- en verteringsbevoegdheid te verlenen bij het instellen van een vruchtgebruik, dus geen werking van rechtswege. De gedachte hierachter is dat de vruchtgebruiker de bevoegdheid krijgt over het vruchtgebruikvermogen te beschikken met het oogmerk om de opbrengst hiervan aan zich toe te eigenen.¹² Wanneer de vruchtgebruiker vervreemdings- en verteringsbevoegdheid is verleend, is hij daarmee ontslagen van zijn beleggingsplicht van art. 3:214 BW, waartoe hij zonder andersluidende bepaling verplicht is. De goederen die de vruchtgebruiker op grond van de hem verleende bevoegdheid verkrijgt, vallen anders dan bij gebruikmaking van de verleende vervreemdingsbevoegdheid van art. 3:212 lid 1 BW niet meer onder het vruchtgebruik. De zaaksvervangingsregel van art. 3:213 BW heeft – tenzij anders bepaald, bijvoorbeeld in een testament, – geen werking.¹³

Dat is een buitengewoon vergaande conclusie: één van de kernpunten van vruchtgebruik, de regel van zaaksvervanging, wordt door de verlening van beschikkingsbevoegdheid gecombineerd met verteringsbevoegdheid buitenspel gezet. Het vruchtgebruik verdwijnt hierdoor alsof een eigenaar een goed ‘opmaakt’, ‘verteert’. Men zou het ook zo uit kunnen drukken dat door het verlenen van verteringsbevoegdheid het karakter van beperkt recht aan het vruchtgebruik wordt ontnomen. De beperkingen waaraan de vruchtgebruiker gebonden was kunnen ‘om zeep’ geholpen worden door van de verteringsbevoegdheid gebruik te maken. Is er eigenlijk bij een vruchtgebruik met verteringsbevoegdheid nog wel sprake van vruchtgebruik of is dit vruchtgebruik zo gedenatureerd dat het de benaming vruchtgebruik niet meer verdient?

Behoudens het hierboven gesignaleerde geval dat bij vervreemding de beleggingsplicht van art. 3:214 BW niet aan de orde is, zijn in beginsel alle wettelijke bepalingen betreffende het vruchtgebruik van toepassing.¹⁴ Zo blijft – dwingend-rechtelijk – de bepaling van art. 3:207 lid 3 BW dat de vruchtgebruiker zich als een goed vruchtgebruiker dient te dragen, gelden. Maar hoe valt de zorgplicht van de vruchtgebruiker te rijmen met vervreemdingsbevoegdheid gecombineerd met

¹¹ Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 664.

¹² D.L.D.J. Maasland, ‘Vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid’, *Tijdschrift Erfrecht* 2010/2 en M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik* (diss. Amsterdam VU 2001), p. 137.

¹³ Zie T.J. Mellema-Kranenburg, *Vruchtgebruik* (Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap KNB 1999), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 32.

¹⁴ Dat geldt overigens ook voor wat betreft de behandeling van vruchtgebruik in andere wetgeving. Zo wordt voor de erfbelasting het vruchtgebruik zonder en met verteringsbevoegdheid gelijk behandeld. Zie hierover ook Maasland t.a.p.

verteringsbevoegdheid? De zorgplicht van de vruchtgebruiker is toch met name het in stand houden van het vruchtgebruikvermogen.¹⁵ Vertering van het vruchtgebruikvermogen lijkt daar haaks op te staan. Het is moeilijk om voorbeelden te bedenken waarbij de vruchtgebruiker aan wie vervreemdings- en verteringsbevoegdheid is verleend, tekortschiet in zijn zorgplicht als hij tot vertering van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen overgaat. Ik kom veelal niet verder dan het voorbeeld waarbij de vruchtgebruiker regelmatig naar het casino gaat en het vruchtgebruikvermogen 'er doorheen jaagt'. Een ander voorbeeld zou kunnen zijn dat hij zich een veel uitbundigere, kostbaardere levensstandaard aanmeet dan de erflater gewend was. En wat te denken van een kostbare verbouwing van de woning, die strikt genomen (groot onderhoud van art. 3:220 BW) voor rekening van de hoofdgerechtigde komt? Allemaal lastige vragen die veroorzaakt worden door de 'denaturering' van het vruchtgebruik.

6. Praktische problemen met betrekking tot verteringsbevoegdheid

Voordat een vruchtgebruik ontstaat moet het goed waarop het wordt gevestigd, afgegeven worden (art. 3:202 BW).¹⁶ Hierop zijn de regels van overdracht van toepassing (art. 3:98 BW).

Wanneer we naar een aantal verschijningsvormen van vruchtgebruik kijken, zien we dat vruchtgebruik meestal op bankrekeningen (liquiditeiten en effecten) en onroerende goederen gevestigd wordt. Bij bankrekeningen moet dat gebeuren door aantekening op de bankrekening (art. 3:98 jo. art. 3:94 BW), bij vestiging van vruchtgebruik op onroerende zaken door inschrijving van de akte van vestiging in de openbare registers (art. 3:98 jo. art. 3:89 BW).

In beide gevallen is essentieel dat bij de vestiging van het vruchtgebruik aangetekend wordt dat het om vervreemdings- en verteringsbevoegdheid gaat. Als namelijk vruchtgebruiker X geld op wil nemen van de vruchtgebruikrekening mag dat in beginsel slechts voor wat betreft de vruchten (rente en dividend), het stamvermogen mag niet aangetast worden, behoudens wanneer er verteringsbevoegdheid door de erflater is verleend. Daarbij rijst vervolgens onmiddellijk de vraag hoever de verteringsbevoegdheid reikt. Een en ander kan in het rechtsverkeer alleen soepel verlopen als er een goede administratie is bijgehouden waarin de bevoegdheden nauwkeurig zijn omschreven.

Bij registergoederen speelt bovenstaande iets minder, omdat er waarschijnlijk minder vaak transacties zullen plaatsvinden, maar ook daar dient nauwkeurig vastgelegd te worden waaruit de vervreemdings- en verteringsbevoegdheid bestaat.

¹⁵ Zie D.L.D.J. Maasland, 'Vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid', *Tijdschrift Erfrecht* 2010/2 en T.J. Mellema-Kranenburg, 'Twee buitenbeentje binnen het vruchtgebruik', *WPNR* 2006/6687, p. 777-778.

¹⁶ Daarnaast kan vruchtgebruik ontstaan door verjaring (art. 3:99 BW).

In de praktijk is het bovenstaande vaak nog gecompliceerder, daar de verteringsbevoegdheid geclausuleerd wordt verleend. Diverse varianten zijn daarbij te bedenken: de vruchtgebruiker moet eerst zijn eigen vermogen opmaken voor hij mag interen of hij moet gelijkelijk interen op het eigen vermogen en het vruchtgebruikvermogen. Een beperking in tijd is ook mogelijk: pas vanaf een bepaalde leeftijd mag ingeteerd worden. Het aantal voorwaarden is wat dat betreft onuitputtelijk. Ik ben geen voorstander van dergelijke geclausuleerde bevoegdheden. Om vast te stellen of aan de voorwaarde voldaan is, moeten feiten vastgesteld en gewaardeerd worden. Wanneer bovendien nog bedacht moet worden dat dit verzorgingsvruchtgebruik veelal in stiefouderrelaties speelt, is de conclusie dat dit soort constructies een bron van ruzie vormen, snel getrokken.

Een ander potentieel probleem is de afgifte van de goederen die aan het vruchtgebruik onderworpen zijn, aan het einde van het vruchtgebruik. In dat geval moet de vruchtgebruiker of – meestal – diens erfgenamen, omdat het vruchtgebruik eindigt bij het overlijden van de vruchtgebruiker, de goederen aan de hoofdgerechtigden teruggeven. De (erfgenamen van de) vruchtgebruiker moet(en) dan wanneer de goederen niet meer aanwezig zijn, bewijzen dat de goederen verteerd zijn of door toeval tenietgegaan zijn (art. 3:215 lid 1 BW). Als de erfgenamen van de vruchtgebruiker dezelfde zijn als de rechtverkrijgenden is dat geen probleem, maar als dat niet zo is, zoals bij stieffamilieverhoudingen, kan dat bij een minder nauwkeurige administratie tot problemen leiden.

7. Oplossing voor de praktische problemen

Wanneer we bovenstaande problemen nader beschouwen is de vraag hoe we daar een oplossing voor kunnen vinden. Uit het bovenstaande, maar ook uit de summiere jurisprudentie over dit onderwerp, blijkt dat de relatie tussen vruchtgebruiker en blooteigenaar, een kwetsbare is.¹⁷ In de literatuur is wel gesuggereerd de vertering door de vruchtgebruiker onder toezicht van een bewindvoerder te laten geschieden (een testamentair bewind van afdeling 4.5.7 BW).¹⁸ Het bewind zou dan de strekking moeten krijgen dat het zowel in het belang van de vruchtgebruiker als van de rechthebbende wordt ingesteld. Een onafhankelijke figuur, bijvoorbeeld een vermogensbeheerder of andere adviseur, zou dan een stem in de verteringsbevoegdheid hebben, waardoor deze aan banden gelegd zou kunnen worden. Voor een aantal situaties zou dat mijns inziens een goede oplossing kunnen zijn.

¹⁷ Zie recent nog Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2029, waar het ging om de reparatiekosten van de woning van vruchtgebruikster.

¹⁸ Zie T.J. Mellema-Kranenburg, *Vruchtgebruik* (Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap KNB 1999), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 32 en D.L.D.J. Maasland, 'Vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid', *Tijdschrift Erfrecht* 2010/2, p. 2.

8. Oplossing voor de theoretische problemen

Dogmatisch gezien blijft de vervreemdingsbevoegdheid met daaraan gekoppeld de verteringsbevoegdheid een vreemde eend in de bijt. Na invoering van het nieuwe erfrecht in 2003 hebben we deze goederenrechtelijke noodsprong naar mijn mening ook niet meer nodig. De langstlevende heeft met de wettelijke verdeling de mogelijkheid zo goed verzorgd als mogelijk achtergelaten te worden. Dat biedt de kinderen in beginsel weinig zekerheid. Maar ook in geval van de wettelijke verdeling, kan die zekerheid ingebouwd worden door bij bepaalde gebeurtenissen van de langstlevende te verlangen alsnog zekerheid te stellen, bijvoorbeeld door het vestigen van hypotheek op haar woning. De basis daarvan dient uiteraard in het testament gelegen te zijn. Een civielrechtelijke reden voor een vruchtgebruiktestament met verteringsbevoegdheid is er dan niet meer. Fiscaalrechtelijk gezien kan met name in de zogenoemde combinatietestamenten¹⁹ een vruchtgebruiktestament ter verzorging van de langstlevende gewenst zijn. Maar daarbij is niet per definitie een verteringsbevoegdheid nodig. Mijn voorkeur zou er dus naar uitgaan de verteringsmogelijkheid van art. 3:215 BW te schrappen.

9. Wenselijkheid verteringsbevoegdheid in geval van verzorgingsvruchtgebruik (art. 4:30 BW)

Behalve het testamentaire vruchtgebruik is er nog het vruchtgebruik bij de andere wettelijke rechten in afdeling 4.3.2 BW. Met name bij art. 4:30 BW kan zich de situatie voordoen dat de langstlevende die zich op een deel of het gehele vruchtgebruik van de nalatenschap beroept vanwege een verzorgingsbehoefte na overlijden van de eerststervende, niet voldoende heeft aan slechts de vruchten van het vermogen waarop het vruchtgebruik is gevestigd. Thans heeft zij dan de mogelijkheid de kantonrechter te verzoeken haar verteringsbevoegdheid toe te kennen (art. 4:31 lid 1 jo. art. 4:23 lid 2 BW).

Wanneer de verteringsmogelijkheid van art. 3:215 BW zou worden geschrapt, is er geen wettelijke basis meer voor de verteringsmogelijkheid door de vruchtgebruiker. Omdat er juist in dat geval wel behoefte aan een verteringsmogelijkheid is, vind ik dat daar een oplossing voor gezocht moet worden. Ik zoek die oplossing echter bij de andere wettelijke rechten zelf. Ik zou dat in hetzelfde art. 4:31 lid 1 jo. art. 4:23 lid 2 BW willen bepalen, namelijk dat wanneer er voor de langstlevende zwaarwegende belangen aanwezig zijn, deze bij de kantonrechter kan verzoeken haar verteringsbevoegdheid toe te kennen.

¹⁹ Een combinatie van een naar keuze van de langstlevende wettelijke verdeling- en vruchtgebruiktestament.

10. Conclusie

Het beperkte genotsrecht van vruchtgebruik wordt, hoewel geplaatst in Boek 3 Vermogensrechten, wel een gedenatureerd vruchtgebruik/vermogensrecht genoemd wanneer we het hebben over een vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid. De reden daarvoor is dat aan de vruchtgebruiker zo veel bevoegdheden kunnen worden verleend dat het de kern van het klassieke vruchtgebruik, namelijk het in stand houden van het stamvermogen, geweld aandoet. Het lijkt dus een vruchtgebruik, maar in wezen is het dat niet. De kern van het vruchtgebruik: namelijk het in stand houden van het stamvermogen, ontbreekt. De vraag is of we deze bevoegdheden in het hedendaagse recht, waarbij het vruchtgebruik vooral in het erfrecht speelt, nog nodig hebben. Civielrechtelijk, en daar gaat het toch om in titel 3.8 BW, niet. Een uitzondering moet misschien gemaakt worden ten aanzien van het verzorgingsvruchtgebruik bij de andere wettelijke rechten.

Ik zou in afdeling 4.3.2 BW een regeling met beperkte strekking willen opnemen, die het mogelijk maakt voor de vruchtgebruiker om in bijzondere omstandigheden (zwaarwegend belang vruchtgebruiker) van een verteringsbevoegdheid, getoetst door de (kanton)rechter gebruik te maken. Voor het overige blijft opmaken uit den boze.

Openbare orde in de context van art. 3:40 lid 1 BW en regelgeving buiten het BW

Hetty ten Oever en Gitta Veldt¹

1. Inleiding

De openbare orde waart als een fundamentele controleur door het recht, aldus Snijders. *‘Die controleur ontpopt zich wel als een kameleon, contextgebonden als hij is.’*² De openbare orde treft men aan in verschillende contexten binnen het burgerlijk recht: zowel in het rechtspersonenrecht (art. 2:20 BW) als in het contractenrecht (art. 3:40 en 7:902 BW), het burgerlijk procesrecht en het arbitragerecht (art. 25,³ 1063, 1065 en 1075 Rv), maar ook daarbuiten.⁴ Volgens Snijders is er sprake van divergentie of zelfs inconsistentie van het begrip openbare orde: *‘De wettekst zelf duidt daar niet op, maar in de rechtspraak wordt de term openbare orde verschillend uitgelegd naar gelang de context waarin deze fungeert.’*⁵

In deze bijdrage richten wij ons op het begrip ‘openbare orde’ in de bijzondere context van art. 3:40 lid 1 BW, waar de openbare orde fungeert als begrenzing van

¹ Mr. H.A. ten Oever en mr. G.M. Veldt zijn beiden als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Burgerlijk Recht van de Universiteit Leiden en promovendae van prof. mr. H.J. Snijders.

² H.J. Snijders, ‘Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten. Enige observaties naar aanleiding van de zaak Martijn’, *NJB* 2014/1174, p. 1606.

³ Op grond van rechtspraak, zie uitgebreid S.A.M. de Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, titel 2 Boek 3 BW, aant. 19 (laatst bijgewerkt op 1 september 2006); *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/100.

⁴ H.J. Snijders in zijn noot onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/340, par. 2. Ook in het strafrecht en bestuursrecht speelt het begrip openbare orde een rol. Zie bijv. de ook door Snijders aangehaalde art. 131-151c Sr en art. 172 Gemeentewet. Snijders 2014, p. 1607.

⁵ De parlementaire geschiedenis bij respectieve bepalingen illustreert, aldus Snijders, mede de contextgebonden uitleg die aan het begrip moet worden gegeven. Snijders 2014, p. 1607. Ook in *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1054, aant. 2 onder g (online, laatst bijgewerkt op 15 juli 2011) omschrijft Snijders de openbare orde als een contextgebonden figuur; zie ook Hoogervorst over het begrip openbare orde in art. 3:40 BW en art. 172 Gemeentewet, E.M. Hoogervorst, ‘Openbare orde’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 140-142.

de contractsvrijheid.⁶ Deze bepaling staat in zijn huidige vorm bijna 25 jaar in ons Burgerlijk Wetboek en wint aan betekenis gezien de toename de afgelopen decennia van regelgeving buiten het Burgerlijk Wetboek die de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen kan beïnvloeden. Het gaat dan niet langer alleen om regels ter bescherming van een zwakkere partij, maar met name om regelgeving met partij-overstijgende of publieke doeleinden die men veelal middels gereguleerde marktwerking tracht te verwezenlijken.⁷ Het betreft regelgeving van nationale origine die publiekrechtelijk wordt gehandhaafd, maar waarvan niet altijd duidelijk is of zij tevens de contractsvrijheid beperkt. Op het terrein van de gezondheidszorg gaat het bijvoorbeeld om bepalingen uit de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg en de Wet marktordening gezondheidszorg.⁸ In toenemende mate gaat het ook om Europese regels ter bevordering van de werking van de interne markt en ten behoeve van de realisering van publieke belangen als de volksgezondheid, veiligheid en consumentenbescherming. Deze regels zijn, vaak na privatisering, van toepassing op partijen in sectoren als energie, telecommunicatie en spoor, al dan niet na implementatie van Europese richtlijnen, en worden ook wel ‘regulatory contract law’ of ‘toezichtprivaatrecht’ genoemd.⁹ Het ‘stelsel van normen die publiekrechtelijk worden gehandhaafd (toezicht) en die (door)werken op maatschappelijke gebieden die traditioneel (vrijwel) uitsluitend door het privaatrecht werden geregeld’ is volgens Du Perron zo omvangrijk dat een ‘Regulatory State’ is ontstaan.¹⁰

Dikwijls is onduidelijk of de schending van dergelijke bepalingen tot nietigheid van een daarmee strijdige overeenkomst zou moeten leiden. De betreffende bepalingen reppen veelal zelf niet over enig privaatrechtelijk rechtsgevolg, maar laten zich omschrijven als zuivere ge- en verboden die publiekrechtelijk gehandhaafd worden. Wij zijn geïnteresseerd in de wijze waarop dergelijke buiten het BW geplaatste bepalingen via het openbare orde-begrip van art. 3:40 lid 1 BW doorwerken in het

6 Dit artikel ziet op alle rechtshandelingen, maar in deze bijdrage zal de overeenkomst centraal staan.

7 O.a. T. Hartlief, ‘Contractvrijheid: een inleiding’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 19; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/53.

8 Over de Wkkgz: A.C. Hendriks, H.C.B. van der Meer & D.Y.A. van Meersbergen, ‘Nieuwe kwaliteits- en klachtenwet voor gezondheidszorg. Oplossing of problemen erbij?’, *NJB* 2016-2, p. 111 die vragen opwerpen bij de privaatrechtelijke consequenties van de Wkkgz.

9 O.a. I.S.J. Houben, ‘Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias “regulatory contract law”’, *WPNR* 2013/6998, p. 1085-1086, specifiek over art. 3:40 BW, p. 1088; zie ook de overige bijdragen in dit *WPNR* themanummer ‘Toepassing van contractenrecht in gereguleerde sectoren’; H.-W. Micklitz, ‘The concept of competitive contract law’, *Penn State International Law Review* 2005, vol. 23, p. 549-585; over nietigheid van een overeenkomst in strijd met de Telecommunicatiewet na een geschilbesluit van de ACM: C.A. Hage, ‘Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht’, *MvV* 2014-3, p. 61-63.

10 C.E. du Perron, ‘Normen tussen publiekrecht en privaatrecht’, in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, NILG congresbundel 2010, BJu 2013, p. 15.

contractenrecht. In hoeverre zijn het doel en de strekking van de veelal publiek-rechtelijke regel van invloed op de invulling van het nationale openbare ordebegrip? In hoeverre geven deze externe bepalingen de kameleon hier zijn kleur? Wij bezien eerst de in het arrest *Esmilo/Mediq* gegeven gezichtspunten en de verhouding van dit arrest tot eerdere jurisprudentie.¹¹ Vervolgens wordt een arrest van de Hoge Raad uit 2015 geanalyseerd over een verhaalsbeding voor op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) opgelegde boeten (hierna *Wav*-arrest)¹² waarin de Hoge Raad de eerder gegeven gezichtspunten niet expliciet afloopt. Ten slotte wordt bekeken wat het nationale toetsingskader impliceert voor de doorwerking van wetsbepalingen die niet (meer) van nationale, maar van Europese origine zijn. Gelet op de beperkte omvang van de bijdrage zullen de gevolgen van de kwalificatie ‘in strijd met de openbare orde’, gehele nietigheid, dan wel partiële nietigheid of conversie, buiten beschouwing blijven. Verder regelen enkele verbodsbepalingen buiten het BW uit eigen hoofde expliciet het privaatrechtelijke rechtsgevolg van overtreding bij overeenkomst, zoals art. 6 lid Mw, art. 33 Wet op het consumentenkrediet en art. 26 Wet voorkeursrecht gemeenten.¹³ Deze bijdrage richt zich op publiekrechtelijke regels die niet in een privaatrechtelijk rechtsgevolg voorzien.

2. De werking van art. 3:40 BW – een resumé

Hoewel wij de lezer bekend veronderstellen met de systematiek van art. 3:40 BW, past het hier een kort overzicht te geven van de werking van het artikel, nu het artikel nogal complex is en een grote ontwikkeling heeft doorgemaakt. Bij deze bespreking starten wij volledigheidshalve bij lid 2.¹⁴ Is het sluiten of aangaan¹⁵ van een overeenkomst in strijd met de wet,¹⁶ dan is die overeenkomst nietig of

¹¹ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*).

¹² HR 11 december 2015, *RvdW* 2016/43 (*Wav*).

¹³ *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/319; zie over art. 26 Wet voorkeursrecht gemeenten, HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/628.

¹⁴ Dit is didactisch ook raadzaam, zie S.D. Lindenberg, ‘Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid? *Esmilo b.v./Mediq Apotheken Beheer b.v.*’, *AA* 2012, p. 741.

¹⁵ Het onderscheid tussen het verrichten en de inhoud of strekking van de rechtshandeling is niet altijd goed te maken. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 onder verwijzing naar TM: ‘*De inhoud der rechtshandeling wordt gevormd door wat partijen hebben verklaard. De strekking ener rechtshandeling wordt bepaald door de ook voor anderen te voorziene gevolgen en kenbare motieven der rechtshandeling[...]*’.

¹⁶ Het moet gaan om een dwingende wetsbepaling, zie nader Van Dam in Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst, Studiereeks Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 149-150; zie over de maten van dwingend recht uitgebreid H.J. Snijders, ‘Maten van openbare orde’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 153-167.

vernietigbaar op grond van art. 3:40 lid 2 BW. Voorbeelden van regelingen waaruit een verbod tot het aangaan van bepaalde overeenkomsten volgt zijn de Prijzenwet, art. 99 Gemeentewet, strafbepalingen als heling (art. 416 Sr) (opzettelijk kopen van gestolen zaken),¹⁷ alsmede sanctieregelingen.¹⁸ Deze gevallen kenmerken zich door een keuze van de formele wetgever tot ingrijpen in de privaatrechtelijke autonomie door het verrichten van bepaalde rechtshandelingen te verbieden. Art. 3:40 lid 3 BW bepaalt dat lid 2 geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten en bevat daarmee een uitzondering¹⁹ op, of een verdere uitwerking van lid 2 in de vorm van een deelregel,²⁰ afhankelijk van welke school men aanhangt. De wet dwingt zo blijkens de tekst van lid 2 en 3 tot een onderzoek naar de strekking van de geschonden wetsbepaling en de privaatrechtelijke rechtsgevolgen van schending daarvan. In het verleden is herhaaldelijk betoogd dat (het rechtsgevolg van) lid 2 en 3 ook zou moeten worden toegepast op overeenkomsten die naar inhoud of strekking in strijd zijn met de wet, echter tevergeefs.²¹ Is het sluiten van een bepaalde overeenkomst als zodanig niet in strijd met een dwingende wetsbepaling, maar heeft de overeenkomst wel een met de wet strijdige inhoud of strekking – samen ook wel het verplichten tot een ‘verboden prestatie’ genoemd²² – dan valt de vraag naar de geldigheid van dergelijke overeenkomsten niet onder het bereik van lid 2 en 3, maar moet getoetst worden aan de openbare orde en goede zeden van art. 3:40 lid 1 BW.

¹⁷ Van Dam 2013, nr. 151.

¹⁸ Zoals de sanctieregeling territoriale integriteit Oekraïne 2014, laatst gewijzigd *Stcrt.* 2015, 40450 of Verordening (EU) Nr. 833/2014 van de Raad van 31 juli 2014 betreffende beperkende maatregelen naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren, *PbEU*, L 229 van 31 juli 2014, p. 1.

¹⁹ *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/323; Brunner die standpunt inneemt tegen Hijma's opvatting: C.J.H. Brunner, 'Boekbespreking. Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen', *WPNR* 1989/5941, p. 779-781, sub 3 en 6.

²⁰ Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 108; vlg. ook Jac. Hijma, 'Nietigheden in het vermogensrecht', *RMThemis* 1992-9, p. 403-417; M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 235.

²¹ Zie hierover uitgebreid o.a. Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2014); Snijders & Hoogervorst, beiden in: *Contractvrijheid*, p. 146-148 resp. p. 159; Hijma 1988, p. 108; J.H. Nieuwenhuis, 'Buena Vista', *AA* 1985, p. 215; Van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Bju 2002, p. 25 e.v. en p. 206-208; A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid: beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 244 e.v. en 251 e.v.; Den Hollander 2013, par. 7; conclusie A-G Wissink bij *Esmilo/Mediq*, par. 3.19.

²² Term afkomstig uit de TM, *Parl. Gesch. Boek* 3, p. 191.

3. Het begrip openbare orde

Wat houdt het begrip openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW in? Het is een open norm waarvan de invulling in beginsel aan de rechter is voorbehouden.²³ Uitgangspunt is dat de openbare orde de fundamentele beginselen van de rechtsorde en algemene belangen van fundamentele aard omvat.²⁴ De goede zeden verwijzen op hun beurt naar het maatschappelijke oordeel over wat hoort of niet hoort, of de moraal.²⁵ Men trekt ook wel een parallel met de privaatrechtelijke norm van de maatschappelijke betamelijkheid.²⁶

De inhoud van het openbare orde begrip verschilt 'naar tijd en plaats'.²⁷ De geldigheid van een overeenkomst die naar inhoud of strekking mogelijk in strijd is met de openbare orde moet daarom naar het tijdstip van het verrichten van de rechtshandeling beoordeeld worden.²⁸ Recht van openbare orde kan zowel geschreven als ongeschreven zijn. Hartkamp en Sieburgh noemen als voorbeeld van ongeschreven recht van openbare orde het kopen van stemvolmachten door leden van een politieke partij in aanloop naar verkiezingen.²⁹ Een minder eenduidig voorbeeld van een (destijds nog) ongeschreven regel van openbare orde is de onverzekerbaarheid van opzet, die door de Hoge Raad in het *biërglas*-arrest werd onderschreven.³⁰ Met opzet 'minder eenduidig', nu anderen dit kwalificeren als een regel van goede zeden,³¹ vergelijk het verbod om eigen opzet te exoneren.³²

²³ *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 192.

²⁴ Vgl. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*Wav*) r.o. 3.5.1; *Parl. Gesch.* bij art. 3:40 BW als door ons aangehaald in par. 4.2 hierna; zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/311 en in 345: 'Een overeenkomst is strijdig met de openbare orde, indien zij in strijd komt met de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt.' Anders Hoogervorst 1999, p. 140 die meent dat ethische beginselen binnen het openbare orde begrip juist geen (grote) rol spelen.

²⁵ Zie echter *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/331.

²⁶ *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015/55.

²⁷ Hoogervorst 1999, p. 139 en verwijzingen daar.

²⁸ *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/327.

²⁹ *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/345. Zij noemen ook nog Hof Amsterdam 11 mei 1933, *NJ* 1933, p. 1254.

³⁰ HR 30 mei 1975, *NJ* 1976/572, m.nt. B. Wachter (*biërglas*). Door een verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade wordt ook zonder een daarover in de polis opgenomen beding 'in het algemeen niet door de verzekering [...] gedekt'. Deze regel is thans deels gecodificeerd in art. 7:952 BW. Hoewel deze bepaling niet van dwingend recht is, neemt men wel aan dat opzet als zekerheidsbewustzijn nog steeds onverzekerbaar is en een daarmee strijdig beding kan resulteren in strijd met de openbare orde of goede zeden ex art. 3:40 lid 1 BW. Zie Cieremans, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:952 BW, aant. 8 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2006).

³¹ Van den Brink 2002, p. 95; A-G Wuisman in diens conclusie voor HR 16 januari 2015, *NJ* 2015/263, onder par. 2.2.1 t/m 2.2.3 en in het bijzonder noot 14.

³² O.m. Van den Brink 2002, p. 49 e.v.

De openbare orde is dus niet altijd makkelijk van de goede zeden te onderscheiden. Er is discussie of beide begrippen een twee-eenheid zijn of niet.³³ Men lijkt tegenwoordig echter te zien dat openbare orde en goede zeden veelal samen worden genomen.³⁴

Uitgangspunt is thans dat een rechtshandeling die naar inhoud of strekking in strijd met een dwingende wetsbepaling is, niet per definitie is aan te merken als strijdig met de openbare orde.³⁵

4. Vier gezichtspunten

In *Esmilo/Mediq* zijn door de Hoge Raad vier gezichtspunten geformuleerd die door de rechter ten minste dienen te worden betrokken in de beoordeling of een overeenkomst die verplicht tot een verboden prestatie³⁶ ook in strijd is met de openbare orde:³⁷ i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd; ii) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden; iii) of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren; en iv) of de regel in een sanctie voorziet. Gezien de bekendheid van het arrest en de beperkte ruimte verwijzen wij voor de feiten naar het arrest en gaan wij hier direct in op de gezichtspunten, mede in het licht van overige jurisprudentie.

33 Bijv. Jac. Hijma in zijn noot onder HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, *NJ* 2002/364 (AZL/OZF), par. 2 waar hij opmerkt dat het opvallend is dat de Hoge Raad in betreffend arrest 'conform de oudere wetsgeschiedenis (p. 191-192), maar in afwijking van de latere (p. 1138-1141), de goede zeden onvermeld laat. Gezien de verwantschap en overlap die openbare orde en goede zeden vertonen, had een begeleidende referte aan de goede zeden [zijns inziens] niet misstaan.'

34 Noot Tjong Tjin Tai, par. 2 onder HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*); *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/332 en 345.

35 Dit uitgangspunt is het resultaat van een verschuiving van de heersende opvatting over de verhouding tussen de verboden prestatie en kwalificatie als in strijd met de openbare orde in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak. Zie achtereenvolgens de Toelichting Meijers die aangaf dat wanneer een prestatie door de wet was verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig zou zijn, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191; de nuancering in diezelfde parlementaire geschiedenis, doch nu in de MvA II (*Parl. Gesch. Boek 3*, p. 192), waar de schijnbaar harde regel wordt genuanceerd nu daar wordt gesproken van 'in beginsel' in strijd met de openbare orde; HR 7 april 2000, *NJ* 2000/652, m.nt. J. Hijma (*Parkeerexploitatie Amsterdam/Amsterdam*); HR 11 mei 2001, *NJ* 2002/364, m.nt. J. Hijma (*OZF/AZL*); HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*); HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568 (*Wav*). Dit is een uitgangspunt dat men eveneens terugziet in art. 7:902 BW, zie Snijders 1999, p. 166.

36 Tjong Tjin Tai wijst erop dat de formulering in dit arrest niet geldt voor de beoordeling van strijd met de openbare orde in het algemeen; zij is toegesneden op gevallen van door de wet verboden prestaties. HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), par. 3.

37 R.o. 4.4.

4.1. *Belangen die de geschonden regel beschermt*

Voor wat betreft het eerste gezichtspunt – de belangen die de geschonden regel beschermt – staat buiten kijf dat hiervoor het doel en de strekking van de geschonden wetsbepaling tot uitgangspunt moeten worden genomen. De toets aan dit gezichtspunt is dan ook wel vergeleken met het relativiteitsoordeel ex art. 6:163 BW.³⁸

4.2. *Schending van fundamentele beginselen*

Bij het tweede gezichtspunt – ‘of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden’ – lijkt het niet alleen te gaan om de vraag of de regel zelf strekt tot waarborg van fundamentele beginselen die door de inbreuk worden geschonden – die zou men (mede) kunnen scharen onder de belangen die de geschonden regel beschermt –, maar ook of *door de inbreuk* fundamentele beginselen in algemenere zin worden geschonden. Het tweede gezichtspunt lijkt daarmee mede te zien op het resultaat van het privaatrechtelijk handelen zelf en de normering daarvan, in plaats van op de strekking van de geschonden publiekrechtelijke norm *sec*, zodat het ruimte lijkt te bieden voor het meewegen van omstandigheden van het specifieke geval.³⁹

Het tweede gezichtspunt lijkt het belangrijkste van de vier. In het eerdere oordeel van de Hoge Raad in *OZF/AZL* maakte de Hoge Raad zelfs tot hoofdvraag of zó fundamentele beginselen van de rechtsorde zijn geschonden, dat sprake is van schending van de openbare orde:⁴⁰

‘(...) Weliswaar strookte de handelwijze van het AZL en OZF niet met het in de WTG neergelegde budgetstelsel, doch gelet op voormelde omstandigheden en in aanmerking genomen hetgeen het AZL en OZF daarmee beoogden, kan niet worden gezegd dat hun handelwijze een inbreuk opleverde op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde, dat op de voet van art. 3:40 BW strijd met de openbare orde moet worden aangenomen.’

Dit aan de schending van fundamentele beginselen toegekende belang stemt bovendien overeen met de parlementaire geschiedenis:

‘de vraag die hier door de rechter moet worden beantwoord, is – kort samengevat – of de rechtshandeling wegens haar inhoud of de bedongen prestatie of hetgeen partijen

³⁸ Lindenbergh 2012, p. 742. Volgens Lindenbergh betreffen het eerste, tweede en vierde gezichtspunt de aard en strekking van de geschonden wetsregel; anders Den Hollander 2013, par. 7.

³⁹ Vgl. HR 11 mei 2001, *RZA 2001/80 (OZF/AZL)*, r.o. 4.4: M.R. Hebly & A.N.L. de Hoogh, ‘Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW’, *MvV* 2013-2, p. 62. Anders waarschijnlijk Lindenbergh 2012, p. 742: ‘Het eerste, tweede en vierde gezichtspunt betreffen in essentie de aard en strekking van de geschonden wetsregel’, afhankelijk natuurlijk weer van wat hij onder ‘strekking’ verstaat.

⁴⁰ HR 11 mei 2001, *RZA 2001/80 (OZF/AZL)*, r.o. 4.4.

*met die rechtshandeling beogen, een inbreuk oplevert op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde of van maatschappelijk behoren dat strijd met de openbare orde of goede zeden moet worden aangenomen.*⁴¹

Ook in het nader te bespreken Wav-arrest, dat na *Esmilo/Mediq* is gewezen, stelt de Hoge Raad de vraag naar schending van fundamentele beginselen centraal. Hartkamp en Sieburgh wijzen er op dat het benoemen van ‘fundamentele beginselen’ als gezichtspunt in plaats van vereiste in *Esmilo/Mediq*, suggereert dat er meer- en minder-fundamentele beginselen zouden bestaan en dat alleen schending van meer-fundamentele beginselen ‘die de wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en vormgeven aan grondslagen waarop de ethische juridische en economische orde van de samenleving steunt,’ zonder ondersteuning in de overige gezichtspunten kan resulteren in schending van openbare orde.⁴²

4.3. Bewustzijn en openbare orde vs. goede zeden

Gezichtspunt iii), waarin men het zogeheten bewustzijns criterium herkent, is een gezichtspunt dat ziet op het bewust handelen en de intenties van partijen in kwestie bij het aangaan van de rechtshandeling c.q. wat zij met de rechtshandeling hebben beoogd. Het staat daarmee los van het doel en de strekking van de eventueel geschonden wettelijke norm.⁴³ Het *Esmilo/Mediq*-arrest doet vragen rijzen naar het gewicht van het bewustzijns criterium bij de toets aan art. 3:40 lid 1 BW en het onderscheid tussen openbare orde en goede zeden.

Men nam wel aan dat het bewustzijns criterium onderscheidend vermogen had voor wat betreft de *goede zeden*, en dan met name voor het oordeel of een overeenkomst of beding een daarmee strijdige *strekking* had.⁴⁴ Voordat het arrest *Esmilo/Mediq* werd gewezen, werd – mede in het licht van het *Burgman/Aviolanda*-arrest⁴⁵ – aangenomen dat het bewustzijn van partijen kan leiden tot nietigheid wanneer de inhoud van de overeenkomst niet, maar de feitelijke uitvoering wel in strijd is met de wet.⁴⁶ Dit bewustzijns criterium bleek recenter in de zaak *Van Hees/Y*⁴⁷ wederom voor invulling van de *goede zeden* van cruciale betekenis, terwijl in *Esmilo/Mediq* het bewustzijn van partijen slechts een gezichtspunt is dat bij de beoordeling van schending van de *openbare orde* moet worden meegenomen⁴⁸

41 L. v. Antw. II Inv. Parl. Gesch. Boek 3, p. 1141, zoals ook aangehaald door Lindenbergh 2012, p. 742 en waarnaar de Hoge Raad in *OZF/AZL* verwijst (r.o. 4.4).

42 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/325a, 346 en 346a.

43 Zo ook Lindenbergh 2012, p. 742.

44 Lindenbergh 2012, p. 742. Den Hollander 2013, par. 6.

45 Waarin de Hoge Raad overigens niet expliciteert of het ziet op openbare orde of goede zeden, HR 11 mei 1951, NJ 1952/128 (*Burgman/Aviolanda*).

46 Den Hollander 2013, par. 5; Lindenbergh 2012, p. 724; Hebly & De Hoogh 2013, p. 63.

47 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986 (*Van Hees/Y*), r.o. 3.6.2.

48 Vgl. ook *OZF/AZL*, r.o. 4.4 waarin de Hoge Raad hetgeen partijen beoogden meewoog, maar niet doorslaggevend leek te achten.

indien *de inhoud dan wel de strekking* van een beding of overeenkomst strijdt met een dwingende wetsbepaling.

Inhoud en strekking worden in *Esmilo/Mediq* door de Hoge Raad dus samen genomen.⁴⁹ De ‘ladenkast’⁵⁰ lijkt daarmee te worden teruggebracht van negen laden naar zes. Het lijkt echter in lijn met voornoemde rechtspraak voor de hand liggend dat het bewustzijns criterium meer gewicht toekomt indien het gaat om een rechtshandeling die naar strekking in strijd is met de wet, dan wanneer het om de inhoud van de rechtshandeling gaat nu er geen aanwijzingen zijn dat het arrest *Burgman/Aviolanda*, waarin het bewustzijn doorslaggevend was voor de met de wet strijdige strekking, zijn waarde heeft verloren.

Sommige auteurs lijken uit *Esmilo/Mediq* af te leiden dat de Hoge Raad toetsing aan de openbare orde zou prefereren boven een toets aan de goede zeden,⁵¹ nu de goede zeden in dat arrest in het geheel niet worden genoemd. De ladenkast zou dan de facto worden teruggebracht naar vier laden.⁵² De overeenkomst in *Esmilo/Mediq* is namelijk een voorbeeld van een constructie die partijen lijken te hebben gekozen, mede met het doel de marges van de wet op te zoeken of zelfs om de wet in het geheel te omzeilen. Wetsontduiking hoort traditioneel gezien niet onder schending van openbare orde, maar onder schending van de goede zeden thuis.⁵³ Wellicht vonden beide hoven in de zaak *Esmilo/Mediq* een toets aan de openbare orde meer voor de hand liggen. Zij gingen er namelijk van uit dat de uiteindelijke uitvoeringshandelingen en daarmee dus de strekking van de rechtshandeling direct in strijd kwamen met art. 37c Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische producten.⁵⁴ In *Esmilo*-achtige situaties zal sowieso zeer lastig zijn vast te stellen of partijen juist hadden gehoopt binnen de marges van de wet te handelen of hebben beoogd de wet te ontduiken.

Ziet men openbare orde en goede zeden toch als twee afzonderlijke categorieën dan is de consequentie van *Esmilo/Mediq* dat het bewustzijns criterium bij de goede zeden toets wordt gedegradeerd van onderscheidend vereiste tot gezichtspunt. Zou met het bewustzijn van partijen strijd met de goede zeden vaststaan, dan zou aan het bewustzijn als gezichtspunt bij de openbare orde toets – aldus Hartkamp en Sieburgh – namelijk geen aanvullende betekenis toekomen.⁵⁵ Of was het bewustzijn van partijen bij het oordeel over schending van de goede zeden altijd al één van de vele te betrekken omstandigheden? In die gevallen waarin de strekking van een overeenkomst in strijd zou kunnen komen met de wet en die om deze reden aan de openbare orde dient te worden getoetst, maar die neigen naar wetsontduiking, kan

49 Lindenbergh 2012, p. 742.

50 Nieuwenhuis 1985, p. 216.

51 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/332; Zie ook Tjong Tjin Tai die in zijn noot aangeeft dat ‘goede zeden tegenwoordig geheel samenvallen met de openbare orde’.

52 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/325a.

53 Hoogervorst 1999, p. 148.

54 Hof Amsterdam 16 maart 2010, 104.004.481 (niet gepubliceerd), r.o. 4.8, zoals aangehaald in r.o. 1.1 van het arrest van de Hoge Raad. Hof Den Haag 16 september 2014, NJ 2014/519, r.o. 6 en 8.

55 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/332.

het bewustzijn bij partijen en de voorgestane bedoeling de wet te ontduiken relatief veel gewicht in de schaal leggen.

4.4. Sanctie

Het vierde en laatste gezichtspunt dat de rechter in ieder geval in zijn beoordeling dient te betrekken is 'of de regel in een sanctie voorziet.' Dit gezichtspunt vormt een aanwijzing bij de duiding van het doel en de strekking van de geschonden regel. De sanctie zegt mede iets over de door de regel beschermde algemene belangen en al dan niet fundamentele beginselen, maar staat los van het bewustzijn van partijen.⁵⁶

Wat de Hoge Raad precies bedoelt met dit gezichtspunt is niet geheel duidelijk. Het gezichtspunt lijkt te zien op het al dan niet aanwezig zijn van zowel een publiekrechtelijke als een privaatrechtelijke sanctie.⁵⁷ Het niet bestaan van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sanctie lijkt in beginsel een aanwijzing te vormen voor het niet van openbare orde zijn van de betreffende regel en dus van het niet in strijd met de openbare orde zijn van de betreffende overeenkomst.⁵⁸ Uit het wel bestaan van een dergelijke sanctie volgt echter niet a priori het openbare orde karakter van de betreffende regel noch de strijdigheid van de overeenkomst met de openbare orde. Meegewogen kan worden wat de zwaarte van de bestuursrechtelijke sanctie is en of het bij het doel en de strekking van de regel past dat ook privaatrechtelijk wordt gesanctioneerd.⁵⁹ Of van de privaatrechtelijke nietigheids-sanctie enige preventieve werking uitgaat en zo ja, of die aanvullende werking wenselijk is, lijkt onzes inziens ook relevant om in de beoordeling mee te nemen.⁶⁰ Overigens kan een overeenkomst waarvan de inhoud of strekking niet in strijd is met de openbare orde of goede zeden, maar wel met de wet, toch gesanctioneerd worden, omdat daarvan in rechte geen nakoming kan worden gevorderd.⁶¹ De vraag of met een rechtshandeling de preventieve werking van publiekrechtelijke handhaving wordt doorkruist, kwam aan de orde in het hierna te bespreken *Wav*-arrest.

⁵⁶ Lindenberg 2012, p. 742-743.

⁵⁷ Den Hollander 2013, par. 5.

⁵⁸ Zie bijv. Rb. Rotterdam 5 december 2012, *BR* 2013/43, r.o. 4.12. Ook de overige gezichtspunten wijzen in die zaak echter richting geldigheid van de overeenkomst.

⁵⁹ Hebly & De Hoogh 2013, p. 63; Den Hollander 2013, par. 5; Zo oordeelde het hof na verwijzing in de zaak *Esmilo/Mediq* dat naast de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties 'navenamt minder behoefte' bestond aan de civielrechtelijke sanctie van nietigheid: Hof Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2989, r.o. 20.

⁶⁰ Vgl. HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*), conclusie A-G Wissink, par. 3.18; Hebly & De Hoogh, p. 63; zie ook G.R.J. de Groot in zijn annotatie bij *AZL/OZF*, *RZA* 2001/80, par. 14, die op de waarschijnlijk preventieve werking van nietigheid van overeenkomsten in strijd met het toenmalige art. 2 WTC wijst.

⁶¹ A-G Wissink bij *Esmilo/Mediq*, par.3.18; Hebly & De Hoogh 2013, p. 63 en verwijzingen daar.

Verder kan gewicht in de schaal leggen of de regel waarmee de overeenkomst in strijd komt daadwerkelijk gehandhaafd wordt, zo blijkt uit eerdere rechtspraak.⁶² Is dit niet het geval, dan bestaat de sanctie in feite alleen op papier hetgeen tegen strijd met de openbare orde zou pleiten. Of de bevoegde autoriteiten ten aanzien van de betreffende overeenkomst achteraf gezien daadwerkelijk handhavend hebben opgetreden zou daarentegen niet van belang moeten zijn, nu de geldigheid van de rechtshandeling beoordeeld moet worden naar het tijdstip van het aangaan daarvan.⁶³

5. Het *Wav*-arrest

Meest recente loot aan de 3:40-stam betreft de beantwoording van een prejudiciële vraag aangaande een verhaalsbeding in een aannemingsovereenkomst. Wij vragen ons af hoe het arrest binnen art. 3:40 lid 1 BW gepositioneerd dient te worden en of de Hoge Raad met dit arrest afwijkt van het beoordelingskader dat hij in *Esmilo/Mediq* formuleerde.

Op grond van het verhaalsbeding trachtte hoofdaannemer Wijnen Bouw Horst BV (Wijnen Bouw) bestuurlijke boetes wegens het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning voor zestien personen op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (*Wav*) te verhalen op onderaannemer Muller Complete Afbouw BV (Muller Afbouw). Zowel opdrachtgever Pro Persona GGZ (Pro Persona), hoofdaannemer Wijnen Bouw, als onderaannemer Muller Afbouw worden door de Arbeidsinspectie aangemerkt als overtreder van de wet en krijgen een boete opgelegd. Wijnen Bouw is jegens Pro Persona aansprakelijk voor betaling van de aan haar opgelegde boete. Wijnen Bouw tracht zowel de door haarzelf als de door Pro Persona verbeurde boete te verhalen op Muller Afbouw. Het hof stelt de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag:

‘Is een contractuele bepaling, waarvan nakoming wordt gevorderd, voor zover die bepaling betrekking heeft op de mogelijkheid van verhaal op de medecontractant van een bestuursrechtelijk opgelegde boete krachtens de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) vanwege eigen schendingen van bepalingen van die wet, nietig wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden als bedoeld in artikel 3:40 BW?’

A-G Langemeijer stelt in zijn conclusie voor de door het hof gestelde vraag te herformuleren omdat deze te ruim zou zijn door het gebruik van de begrippen ‘een

⁶² Den Hollander par. 5 onder verwijzing naar HR 7 september 1990, NJ 1991/266, m.nt. C.J.H. Brunner (*Catoochi*) en HR 2 februari 1990, NJ 1991/265 (*Club 13*), m.nt. C.J.H. Brunner onder NJ 1991/266 (*Catoochi*).

⁶³ *Wav*-arrest, r.o. 3.7; *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/327; zie tevens hiervoor in par. 3. Het Hof Den Haag (*Esmilo/Mediq* na verwijzing) lijkt echter wel mee te wegen dat de IGZ en het OM niet hebben ingegrepen. Hof Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2989, r.o. 20.

contractuele bepaling' en 'medecontractant'.⁶⁴ Ook suggereert Langemeijer de wel/niet nietig vraagstelling te vervangen door een vraag naar in aanmerking te nemen gezichtspunten bij de beoordeling van de nietigheid van zo'n beding.⁶⁵ De Hoge Raad neemt geen van beide suggesties over,⁶⁶ maar spitst de vraag feitelijk wel toe in r.o. 3.3. Daar neemt de Hoge Raad gezien de toevoeging '(hierna het verhaalsbeding)' – anders dan in de vraag van het hof – tot uitgangspunt dat het 'in de onderhavige prejudiciële procedure' gaat om een 'contractueel beding in een (onder)aannemingsovereenkomst' en om verhaal op de 'contractuele wederpartij die de opvolgende schakel in de keten van werkgevers is'. De Hoge Raad verwijst vervolgens steeds naar dit nader omschreven verhaalsbeding.

In deze zaak formuleert de Hoge Raad het beoordelingskader anders dan in *Esmilo/Mediq*. Had de Hoge Raad de gezichtspunten gegeven, in aansluiting op de suggestie van Langemeijer, dan had hij makkelijker bij *Esmilo* kunnen aansluiten, maar misschien doet de Hoge Raad dat bewust niet. Eerst stelt de Hoge Raad vast dat de Wav niet het overeenkomen van een verhaalsbeding verbiedt of een verbod om de boete te verhalen bevat (lees: het gaat hier dus niet om lid 2) en dat de Wav niet de contractuele verhouding van werkgevers met derden regelt, maar '(vrijwel) uitsluitend publiekrechtelijke voorschriften bevat die bestuursrechtelijk worden gehandhaafd'. Dan volgt het beoordelingskader:

*'Beoordeeld moet dan worden of het verhaalsbeding door zijn inhoud of strekking zodanig in strijd komt met het doel of de strekking van de WAV en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving door middel van bestuursrechtelijke boeten, dat het beding als strijdig met de openbare orde of goede zeden nietig is. In het onderhavige geval komt met name de eventuele strijd met de openbare orde als nietigheidsgrond in aanmerking.'*⁶⁷

Voor strijdigheid van het beding met de openbare orde moet volgens de Hoge Raad 'sprake zijn van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard'.⁶⁸ Ook hier tilt de Hoge Raad de vraag naar schending van fundamentele beginselen op van gezichtspunt tot hoofdvraag, vergelijk de eerder omschreven aanpak in *OZF/AZL*. De Hoge Raad kiest vervolgens voor een zeer toegepaste benadering. Hij maakt direct een inhoudelijke afweging van de strekking van het verhaalsbeding ten opzichte van het doel en de strekking van de Wav. Daarbij benoemt de Hoge Raad de gezichtspunten uit *Esmilo/Mediq* niet expliciet. Dat is verrassend, omdat de rechter deze gezichtspunten volgens de Hoge Raad in *Esmilo/Mediq* minimaal in de motivering dient te betrekken bij de beoordeling of een door de wet verboden prestatie ook strijdt met

⁶⁴ Conclusie van A-G Langemeijer bij het Wav-arrest, ECLI:NL:PHR:2015:2389, par. 3.10.

⁶⁵ De Hoge Raad mag de vraag herformuleren op grond van art. 393 lid 7 Rv.

⁶⁶ Hoge Raad r.o. 2 en r.o. 3.3.

⁶⁷ R.o. 3.4.

⁶⁸ R.o. 3.5.1.

de openbare orde.⁶⁹ Impliciet loopt de Hoge Raad de gezichtspunten uit *Esmilo/Mediq* wel langs, zij het in twee fasen.

5.1. Fase 1 Doet het beding als zodanig onaanvaardbaar afbreuk aan doel en strekking van de Wav?

De Hoge Raad toetst in de ‘eerste fase’ of met het beding afbreuk wordt gedaan aan de afschrikwekkende werking van de boete en het handhaven van de doelstellingen van de Wav (r.o. 3.5.3). Bij deze toets verwijst de Hoge Raad telkens terug naar het doel en de strekking van de Wav zoals hij eerder uiteenzette in r.o. 3.2.1 t/m 3.2.4. Feitelijk ziet men hierin terug welke belangen met de Wav worden beschermd.

Tevens komt de sanctie uitgebreid aan bod. Interessant is dat de geldigheid van het verhaalsbeding in de Wav-zaak nu juist in geding was omdat het in strijd zou zijn met doel en strekking van de in de Wav opgenomen bestuursrechtelijke handhaving middels het opleggen van bestuursrechtelijke boeten. De eerdergenoemde relevantie van de ‘zwaarte van de sanctie’ komt terug in het oordeel nu de Hoge Raad erop wijst ‘dat bij invoering van de bestuursrechtelijke handhaving middels boeten in de Wav door de regering is opgemerkt dat de bestuurlijke boete als punitieve sanctie alleen wordt toegepast “bij regels met een geringe normatieve lading”⁷⁰ en dat bewust is gekozen niet strafrechtelijk te sanctioneren omdat financiële sanctionering direct na de overtreding een sterker ontmoedigend effect zou hebben dan een strafrechtelijk vervolgingsbeleid.⁷¹ De Hoge Raad zegt dat niet met zo veel woorden, maar de betreffende overwegingen lijken het oordeel te ondersteunen dat het verhaalsbeding in kwestie niet in strijd is met doel en strekking van de Wav en met de openbare orde.⁷² Het is de vraag of de zwaarte van en keuze voor de sanctie ook in andere gevallen bij art. 3:40 lid 1 BW zo dienen te worden gewogen of dat dat afhangt van de betreffende publiekrechtelijke regel. De Hoge Raad gaat verder uitgebreid in op de vraag of het verhaalsbeding de beoogde afschrikwekkende werking van de boete en daarmee tevens het handhaven van de doelstellingen van de Wav vermindert.

Doordat het schenden van fundamentele beginselen in dit arrest het criterium is, blijft een oordeel over het al dan niet fundamenteel zijn van doel en strekking van de Wav en of de Wav zelf fundamentele beginselen beschermt, uit. Wel oordeelt de Hoge Raad expliciet – in r.o. 3.6 – dat nu het verhaalsbeding niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan doel en strekking van de Wav en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving, ‘dan ook’ geen sprake is van strijd met de openbare orde of goede zeden. Vlak daarvoor in r.o. 3.5.9 merkt de Hoge Raad op

⁶⁹ R.o. 4.4.

⁷⁰ Dat is overigens niet het enige criterium voor de toepassing van de bestuurlijke boete als handavingsinstrument. Bovendien wordt in toenemende mate ook gekozen voor de bestuurlijke boete als sanctie op ernstigere overtredingen, zie conclusie A-G Langemeijer, par. 2.8-2.11 en aldaar genoemde bronnen.

⁷¹ R.o. 3.5.2.

⁷² R.o. 3.5.9 en 3.6.

dat ‘gelet op al het hiervoor overwogene’ moet worden geoordeeld dat het verhaalsbeding niet in strijd komt met fundamentele beginselen.⁷³

De Hoge Raad lijkt de zaak dus af te doen op het eerste, tweede en laatste *Esmilo/Mediq* gezichtspunt. Het openbare orde begrip lijkt in dit arrest aanvankelijk dus beperkter te worden ingevuld dan in *Esmilo/Mediq*, omdat bij de toets of met het beding als zodanig fundamentele beginselen worden geschonden (r.o. 3.5.2) slechts wordt gekeken naar het doel en de strekking van de Wav (3.5.2 e.v.), waarmee, zo blijkt later, ‘het verhaalsbeding waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft’, niet in strijd is (3.6).

5.2. Fase 2 Overige omstandigheden van het geval

Echter, partijen hebben in hun schriftelijke opmerkingen ook de vraag besproken of onder bijzondere omstandigheden (toch) sprake kan zijn van nietigheid. De Hoge Raad wijst er in de laatste rechtsoverweging op dat wel sprake kan zijn van nietigheid van het beding wegens strijd met de openbare orde of – en nu dus ook – goede zeden in de omstandigheid dat partijen bij het aangaan van het beding de bedoeling⁷⁴ hebben gehad het incasseren van de boete te frustreren, of de verhaalzoekende partij te vrijwaren terwijl sprake is van diens opzet of grove schuld.⁷⁵ De separate behandeling van deze omstandigheden – die in feite de partij-intenties betreffen – bevestigt dat die intenties losstaan van de strekking van de wet. Een gelijkenis met de eerder omschreven wetsontduiking in strijd met de goede zeden tekent zich af.⁷⁶ De Hoge Raad noemt het bewustzijn echter niet als los gezichtspunt en zegt ook niet of dit onderscheidend vermogen heeft.

5.3. Analyse

Ondanks het vorenstaande kan men zich afvragen of de Hoge Raad in *Wav* wel aan toetsing van de *Esmilo*-gezichtspunten toekomt. In *Esmilo/Mediq* had het hof reeds vastgesteld dat sprake was van strijd met de wet. In het *Wav*-arrest ligt dit nog open. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt niet of hij eerst toetst of überhaupt sprake is van een ‘verboden prestatie’ en daarna of ook sprake is van strijd met de openbare orde, of dat hij die twee stappen dogmatisch als één neemt, waarna nog wel de overige omstandigheden van het geval aan bod komen. Onderscheidt de Hoge Raad twee stappen⁷⁷ dan komt hij bij negatieve uitkomst in de eerste stap immers niet aan de weging van de *Esmilo*-gezichtspunten ten behoeve van de tweede stap toe. Uit het woord ‘zodanig’ in r.o. 3.4 zou men kunnen opmaken dat

⁷³ R.o. 3.5.9.

⁷⁴ De Hoge Raad spreekt hier van partijen, waardoor de vraag of kenbaarheid bij een der partijen van de motieven voldoende is voor toepasselijkheid van lid 1 nog steeds niet met zo veel woorden is beantwoord. Zie over deze discussie Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.6 en daar genoemde auteurs (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2014).

⁷⁵ R.o. 3.7.

⁷⁶ Hoogervorst 1999, p. 147 en 148.

⁷⁷ Vgl. de ‘hink-stap-sprong’ als beschreven door Den Hollander 2013.

de Hoge Raad van strijd met het doel of de strekking van de Wav uitgaat, maar dat vervolgens onderzocht moet worden of die strijdigheid van dien aard is dat het beding ook in strijd met de openbare orde is, in welk geval sprake is van een met *Esmilo/Mediq* vergelijkbare situatie. Dan ligt voor de hand dat de concrete toets mede de toets aan de gezichtspunten zou moeten zijn. Het opknippen van de tweede stap in twee fasen (zie hiervoor) door het beding eerst te toetsen aan het doel en de strekking van de Wav en daarna pas aanwijzingen te geven voor de beoordeling van de overige omstandigheden van het geval, zou dan iets nieuws zijn. Hoewel die ‘knip’ wellicht mede is ingegeven doordat partijen eventuele ‘bijzondere omstandigheden’ die toch tot nietigheid konden leiden in hun schriftelijke opmerkingen aan de orde hebben gesteld⁷⁸ of door het gegeven dat de Hoge Raad niet in de beoordeling van de feiten treedt.⁷⁹

Echter, in r.o. 3.5.9 overweegt de Hoge Raad dat het verhaalsbeding ‘*als zodanig niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan het doel of de strekking van de Wav en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving door middel van het opleggen van bestuurlijke boeten*’, hetgeen kan wijzen op het blijven steken bij de eerste stap. Doordat de Hoge Raad niet eerst toetst of sprake is van strijd met bepalingen van de Wav zelf, maar direct met het doel en de strekking van de Wav, valt de toets aan strijd met de wet deels samen met die aan de openbare orde.

Misschien waren de raadsheren het niet eens over de positie van strijdigheid met de aard en strekking van een regeling – in plaats van met de regeling zelf – binnen het 3:40-schema en de twee stappen zoals die lijken te volgen uit *Esmilo/Mediq*.⁸⁰ Wellicht ook wilde een aantal raadsheren in navolging van de kritiek geuit in de literatuur de systematiek van lid 2 en lid 3 analoog toepassen op lid 1? Dat zou art. 3:40 overzichtelijker maken en het onderscheid tussen verrichten, inhoud en strekking minder van belang. Is geen sprake van strijd van het aangaan, de inhoud of de strekking van een overeenkomst met de wet, dan kan nog worden getoetst of de overeenkomst in de bijzondere omstandigheden van het geval toch in strijd is met de openbare orde of goede zeden. Geheel analoog is deze toepassing uiteraard niet nu lid 3 ziet op de vraag of de wetsbepaling de strekking heeft de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten, terwijl de vraag hier in fase 1 is of afbreuk wordt gedaan aan de handhaving en doelstellingen van de desbetreffende wet. Vanwege de door de Hoge Raad gekozen toegepaste benadering ontbreekt in ieder geval duidelijkheid op deze punten. Voor wat betreft de geldigheid van dergelijke verhaalsbedingen biedt het antwoord van de Hoge Raad wel opheldering. Nu de A-G aanstuurde op helderheid over de te betrekken gezichtspunten, heeft de Hoge Raad een kans op nadere theoretische inbedding van de openbare orde toets laten liggen in deze – ten behoeve van de rechtsvorming en rechtseenheid ingevoerde – prejudiciële procedure.

⁷⁸ R.o. 3.7.

⁷⁹ Art. 79 RO.

⁸⁰ Volgens Bakels kan een op het geval toegesneden uitspraak wijzen op verdeeldheid binnen de kamer. F.B. Bakels, ‘Rode draad “Rechtsvorming door de Hoge Raad”’: Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, AA 2015/11, p. 932.

Het volgen van de ‘fasen aanpak’ in het *Wav*-arrest is onzes inziens desalniettemin in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling, omdat dan inzichtelijk wordt hoe de rechter oordeelt over doel en strekking van de norm los van de overige omstandigheden van het geval. Een stapel gezichtspunten hoeft niet tot zo’n gestructureerde uitwerking te leiden.

Dat laat overigens onverlet dat wij het wenselijk achten dat de wetgever zich expliciet uitspreekt over de privaatrechtelijke consequenties wanneer evident is dat een wetsbepaling zal raken aan een contractuele verhouding. Uiteraard kan hij zich hier niet altijd rekenschap van geven, want praktisch gezien zijn lang niet alle gevallen te voorzien.⁸¹

6. Doorwerking van Europese bepalingen via art. 3:40 lid 1 BW

De discussie over de dogmatische inkleding van de toets aan art. 3:40 lid 1 BW en de vraag waar de toets aan de (strekking van) de wetsbepaling eindigt en de toets aan de openbare orde begint, wordt extra relevant wanneer men het heeft over de beoordeling van de contractuele gevolgen van een schending van een bepaling van Europees recht.⁸²

Er bestaat aardig wat rechtspraak over gevallen waarin het sluiten of aangaan van een overeenkomst in strijd is met Europees recht. Voor in strijd met art. 108 lid 3 VWEU verleende staatssteun geldt thans dat de nationale rechter een ongeoorloofde steunmaatregel nietig moet verklaren, voor zover dit ertoe zou leiden dat over en weer de door partijen verrichte prestaties worden teruggedraaid of dat een voordeel voor de toekomst verdwijnt, indien hij gezien de omstandigheden van het geval verwacht dat dit doeltreffender zal zijn dan andere maatregelen ter bewerkingstelling van herstel van de mededingingssituatie van voor de steunverlening.⁸³ Voor het aanbestedingsrecht is reeds uitgemaakt dat de enkele schending ervan niet kan leiden tot nietigheid van de overeenkomst indien geen sprake is van

81 Zie ook Snijders die het beschouwt als een teken van wijsheid dat de wetgever zich niet altijd expliciet uitspreekt maar dit aan de rechtsontwikkeling overlaat, zij het in de context van art. 2:20 BW, Snijders 2014, par. 1; zie voorts Hebly & De Hoogh 2013, p. 63 en 64.

82 Wij doelen in deze paragraaf niet op de gevallen waarin EU-recht de nietigheid al dicteert, zoals HR 3 december 2004, *NJ* 2005/118 (*Vreugdenhil/Floraholland*), waar de schending van art. 65 EG oud, thans art. 101 VWEU centraal stond.

83 HvJ EG 8 december 2011, C-275/10, *NJ* 2012/124, m.nt. M.R. Mok, r.o. 46-49. Dit betrof het antwoord op prejudiciële vragen gesteld in HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082, *NJ* 2010/299 (*Residex/Rotterdam*) met verwijzing naar HvJ EG 12 februari 2008, C-390/98, *Jur.* 2001, p. I-6117 (*Banks/The Coal Authority*), r.o. 73-80, en HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06, *Jur.* 2008, p. I-469, *NJ* 2008/185 (*CELF/SIDE*), r.o. 34-35, na beantwoording is arrest is gewezen door de Hoge Raad, HR 26 april 2013, *NJ* 2013/433 (*Residex/Rotterdam*).

bijkomende omstandigheden.⁸⁴ Nu in die gevallen niet lid 1 maar lid 2 van art. 3:40 BW opgeld doet, dwingt lid 3 telkens tot een onderzoek naar het doel en de strekking van de EU-bepaling, in relatie tot de sancties nietigheid of vernietigbaarheid. Omdat het in deze gevallen gaat om EU-bepalingen die daadwerkelijk zien op het aangaan of sluiten van overeenkomsten dient het effectiviteitsbeginsel gewicht in de schaal te leggen bij de interpretatie en uitleg van deze Europese bepalingen ten behoeve van de invulling van de nationale open normen van art. 3:40 lid 2 en lid 3 BW.⁸⁵ Hoofregel is dat het unierecht de nationale procedurele autonomie, daar waar remedies niet zijn geharmoniseerd, respecteert en de lidstaat dus bepaalt op wat voor manier een 'recht' kan worden geëffectueerd. De nationale (procedurele) regels ter handhaving van EU-recht mogen echter (1) niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel); en (2) de uitoefening van de door het unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel).⁸⁶

Wat nu indien een overeenkomst verplicht tot een door Europees recht *verboden prestatie* zonder dat de Europese bepaling ziet op een contract of rept van enig privaatrechtelijk rechtsgevolg? De beantwoording van vragen over het doel en de strekking van een bepaling van Europees recht is uiteindelijk aan de Europese rechter voorbehouden.⁸⁷ De vraag of er sprake is van schending van de openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW is – nu het hier een nationale open norm betreft die de rechtsgevolgen dicteert in gevallen waar de Europese wetgever klaarblijkelijk over het al dan niet bestaan van een dergelijk rechtsgevolg heeft gezwegen – voorbehouden aan de nationale rechter. Uiteraard dient de nationale rechter zijn recht wel zoveel mogelijk in het licht van het EU-recht te interpreteren.⁸⁸ Het ligt dus voor de hand dat hij in zijn beoordeling zal moeten betrekken welke belangen door de geschonden gemeenschapsregel – c.q. nationale regel waarin de EU-regel is geïmplementeerd – worden beschermd, of door de inbreuk fundamentele beginselen van Europees recht worden geschonden en of de regel in een sanctie voorziet.

84 HR 4 november 2005, NJ 2006/204 (*Van der Stroom/Staat c.s.*) en HR 22 januari 1999, 16747, C97/226, NJ 2000/305 (*Uneto/De Vliert*). De nieuwe Richtlijn 2007/66/EG schrijft lidstaten voor ervoor te zorgen dat in geval van bepaalde ernstige procedurele gebreken de nadien gesloten overeenkomst onverbindend moet worden verklaard. In art. 8 e.v. WIRA (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden van 28 januari 2010, *Stb.* 2010, 38) is daartoe de figuur van de vernietigbaarheid geïntroduceerd; de bepalingen zijn overgenomen in art. 4:15 e.v. Aanbestedingswet 2012; *Asser/Hartkamp 3-1* 2015/147.

85 Men ziet dit expliciet terug in HvJ EG 8 december 2011, C-275/10, NJ 2012/124 (*Residex/Rotterdam*), r.o. 46 en r.o. 48-49, zoals hiervoor aangehaald.

86 De veelvuldig door het HvJ EG toegepaste toets die het heeft ontwikkeld in zijn arresten 16 december 1976, 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*), en 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (*Comet*).

87 Art. 267 VWEU.

88 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 115.

Zo kwam in de zaak *Esmilo/Mediq* zowel het Hof Amsterdam als na verwijzing ook het Hof Den Haag tot de conclusie dat het handelsmodel zoals dat in *Esmilo/Mediq* centraal stond, strijdig was met art. 37c Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische producten welke bepaling strekt tot implementatie van Richtlijn 92/25/EEG.⁸⁹ Het Hof Den Haag maakte voor de invulling van de gezichtspunten als aangedragen door de Hoge Raad in *Esmilo/Mediq* gebruik van de bepalingen van Europees recht om de belangen die de geschonden regel beschermt te kunnen identificeren, alsmede ter bepaling of met de inbreuk fundamentele beginselen werden geschonden.⁹⁰

Voor wat betreft de sanctionering zal het Europese recht weinig informatie bieden nu de vormgeving daarvan veelal aan de lidstaten zelf overgelaten wordt, mits deze maar voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is (lees: procedurele autonomie).⁹¹

De vraag of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren lijkt – tenzij dit onderdeel vormt van de toepasselijke EU-norm – een losstaand gezichtspunt. De vraag is of de verplichting tot conforme interpretatie zich uitstrekt tot de invulling van de openbare orde van art. 3:40 lid 1 BW met de overige, bijzondere omstandigheden van het geval zoals het bewustzijn. Het wegen van dergelijke omstandigheden, valt, wanneer de remedies niet geharmoniseerd zijn en de nationale wetgever niet heeft gekozen voor een nietigheidssanctie, immers in beginsel niet binnen het materiële toepassingsbereik van het EU-recht.⁹² Zijn echter voor de invulling van het openbare orde begrip van art. 3:40 lid 1 BW het doel en de strekking van een Europese wetbepaling van belang en de vraag of het

89 Richtlijn 92/25/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 31 maart 1992 betreffende de groothandel in geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEG* L 113), welke richtlijn is opgegaan in Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEG* L 311).

90 Hof Den Haag 16 september 2014, *NJ* 2014/519, r.o. 15-17.

91 Deze vereisten stammen oorspronkelijk uit de rechtspraak, zie onder andere HvJ EG 10 juli 1990, C-326/88, ECLI:EU:C:1990:291 (*Hansen*), waar het ging om strafrechtelijke sanctionering; A.S. Prechal & K. Cath, 'The European Acquis of Civil Procedure: constitutional aspects', *Univ. L. Rev.* 2014, Vol. 19, p. 181 onder verwijzing naar daar genoemde rechtspraak. De zinsnede wordt tegenwoordig veelal expliciet gecodificeerd in secundaire EU-wetgeving conform beleid van de Europese Commissie uit hoofde van de volgende resolutie: Resolutie van de Raad van 29 juni 1995 over de eenvormige en doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht en over sancties op overtredingen daarvan op het gebied van de interne markt (*PbEG* C 188); zie A.S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 88 en 89, noot 117 voor aanvullende rechtspraak.

92 Wissink 2014, p. 131 die erop wijst dat (richtlijn)conforme interpretatie niet nodig is als een onderwerp niet onder het materiële toepassingsbereik van een EU-instrument valt. Uiteraard kan feitelijk een bepaling van Unierecht zijn geschonden, ongeacht de mate waarin partijen zich daarvan bewust waren, in welk geval de vaststelling van die schending wel gebeurt aan de hand van conforme interpretatie.

doel en de strekking van de wetsebepaling onaanvaardbaar worden doorkruist, dan kan lastig worden betoogd dat dit een puur nationale aangelegenheid is. Hier raakt men aan een van de discussies in het hart van het Europese Privaatrecht die helaas niet uitputtend kan worden behandeld.⁹³ Hoe dan ook, een helder onderscheid bij de toets aan de openbare orde van 3:40 lid 1 BW tussen de uitleg van doel en strekking van de (geschonden) norm aan de hand van het eerste, tweede en vierde gezichtspunt en de beoordeling van de overige omstandigheden van het geval, die zouden kunnen meebrengen dat een rechtshandeling die niet in strijd is met doel of strekking van de wet sec toch nietig is, maakt het wellicht makkelijker om te beoordelen wanneer het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof nodig is en hoe deze te formuleren.⁹⁴ Zo verdient het ook bij schending van Europese normen aanbeveling dat de nationale rechter de ‘twee-fasenaanpak’ uit het *Wav*-arrest volgt.

Het Hof van Justitie heeft in bepaalde gevallen aangenomen dat Europese bepalingen van openbare orde zijn⁹⁵ en/of ambtshalve dienen te worden toegepast.⁹⁶ Indien het Hof van Justitie EU wel heeft bepaald dat de geschonden Europese bepaling van openbare orde is, is vooralsnog onduidelijk of een kwalificatie als van openbare orde door het Hof van Justitie EU direct nietigheid impliceert bij een toets aan art. 3:40 lid 1 BW. Indien een overeenkomst naar inhoud of strekking in strijd blijkt met een bepaling van Europese openbare orde die zwijgt over een privaatrechtelijke sanctie, lijkt het onzes inziens niet per definitie afbreuk doen aan het doel en de strekking van het Europese recht als de nationale rechter de strijdige overeenkomst geldig acht. Ook hier lijkt ons een

93 Over het verschil en samenhang tussen recht en remedie, zie Van Gerven, ‘Of rights, remedies and procedures’, *CMLR* 37: 501-536, 2000; Eilmansberger, ‘The relationship between rights and remedies in EC Law: in search of the missing link’, *CMLR* 41:1199-1246, 2004. Zie voorts de inleidende en afsluitende hoofdstukken van Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts* (diss.) Leiden, Meijers Research and Graduate School of the Leiden Law School, Faculty of Law, Leiden University 2014. Zie over beginselen in private verhoudingen o.a. M. Dougan, ‘The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships’, in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2013. Prechal, Redefining the relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective judicial protection, *Review of European Administrative Law* 2011, p. 31.

94 Zie hierover uitgebreid M. Loth, *De Hoge Raad in dialoog: over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*, (oratie Tilburg 2014). Dat men bij de invulling van nationale open normen aan de hand van EU-recht op problemen kan stuiten volgt wel uit HvJ EU 29 April 2015, C-51/13 (*Nationale Nederlanden/Van Leeuwen*), r.o. 32 als ook opgemerkt door R. de Graaff, ‘Ask an ambiguous question and you’ll get an ambiguous answer’, Leiden Law Blog van 24 mei 2015.

95 Over de vraag of art. 101 VWEU van openbare orde is bestaat discussie, zie in ieder geval de arresten Van Schijndel, het obiter dictum in *Manfredi* (C-295/04) en *Eco Swiss/Benneton* (C-126/97) dat ging over openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1 onder e Rv.

96 Bijv. *Mostaza Claro* (C-168/05) over de toetsing van oneerlijke bedingen, *Rampion* (C-429/05) over de richtlijn consumentenkrediet, *Martín Martín* (C-227/08) over colportage en *Duarte* (C-32/12) over consumentenkoop.

effectiviteitstoets op zijn plaats waarna, veronderstellen wij, alsnog rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat de rechter de rechtsbescherming soms ook via andere privaatrechtelijke remedies kan vormgeven.⁹⁷

7. Conclusie

Binnen de context van art. 3:40 lid 1 BW krijgt de kameleon zijn kleur afhankelijk van het doel en de strekking van de geschonden regel en de overige omstandigheden van het geval. Het doel en de strekking van de geschonden regel spelen – net als in lid 3 – ook in lid 1 een rol via het eerste, tweede en vierde in *Esmilo/Mediq* geformuleerde gezichtspunt, ware het niet dat gezien zowel eerdere als latere jurisprudentie de vraag of de inhoud of strekking van de overeenkomst fundamentele beginselen schendt geen gezichtspunt vormt, maar veelal de kernvraag is voor de beoordeling van strijd van een overeenkomst met de openbare orde die naar inhoud of strekking in strijd is met de wet. Fundamentele beginselen lijken niet alleen besloten te liggen in de al dan niet geschonden bepaling, maar kunnen ook van andere aard zijn.

Het zou de inzichtelijkheid van uitspraken vergroten en zo de rechtseenheid en rechtsontwikkeling ten goede komen als rechters in hun oordeel en motivering bij een toets aan art. 3:40 lid 1 BW duidelijk onderscheid maken tussen het oordeel over de strijdigheid van de inhoud of strekking van een overeenkomst met de wet, al dan niet in samenhang met toetsing van het eerste, tweede en vierde *Esmilo*-gezichtspunt (eerste fase) en het oordeel over de relevantie van overige omstandigheden van het geval waaronder of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren (tweede fase), zoals de Hoge Raad ook in de *Wav*-zaak deed. Het maken van dit onderscheid is in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling bij de uitleg van nationaal recht, maar ook bij de uitleg van Europees recht, zeker daar waar de verhouding tussen nationaal recht en EU-recht nog niet voldoende is uitgekristalliseerd. Het onderscheid draagt in dat laatste geval bij aan een heldere dialoog met het Hof van Justitie over het doel en de strekking van Europese regels en de verhouding ervan tot nationaal recht.

⁹⁷ Het proportionaliteitsbeginsel is van belang, met name indien hetzelfde resultaat via andere weg ook kan worden bereikt. Zie bijv. onze eerdere opmerking dat van een verboden prestatie in rechte geen nakoming kan worden gevorderd.

De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint van grijs?

Charlotte Pavillon¹

1. De Nederlandse lijsten: zwart en grijs

Je bent wel een beetje beroepsgek als je bij de titel van de gehypte damesroman *Vijftig Tinten Grijs* aan bewijsvermoedens denkt. Of hier inhoudelijk ook reden toe is, waag ik te betwijfelen, al moet ik toegeven dat ik het boek niet heb gelezen. Het zij mij vergeven. Ik laat die vraag dan ook rusten. In deze bijdrage ga ik in op de kleur van de Europese lijst anno 2016, een veel pikantere vraag. Alvorens ik mijn kleurenwaaier ter hand neem, sta ik stil bij de donkergetinte Nederlandse lijsten. De bijna 25 jaar geleden in werking getreden afdeling 6.5.3 BW inzake de algemene voorwaarden bevat een tweetal lijsten van bedingen die enerzijds *geacht* en anderzijds *vermoed* worden onredelijk bezwarend te zijn. Aan deze zwarte resp. grijze lijst ontleent de consument² – een grote mate van bescherming. De lijsten geven invulling aan de open norm van art. 6:233 onder a BW waarmee art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen is geïmplementeerd.³ De lijsten zelf vormen een zogeheten ‘nationale kop’ omdat zij meer bescherming bieden dan de minimumrichtlijn vereist.

Bij de zwarte lijst (art. 6:236 BW) hoeft de wederpartij slechts te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat zij een consument is en dat het beding op de lijst prijkt, de overige omstandigheden van het geval doen er niet toe.⁴ Zwarte bedingen zijn doorgaans ‘strak’ gedefinieerd, wat aantonen dat de lijst van toepassing is, vereenvoudigt. Gelet op de rechtspraak van het HvJ inzake de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen⁵ vervalt deze stellast⁶ indien de rechter op grond van de hem beschikbare feiten vermoedt dat sprake is van een zwart beding. In paragraaf 3

¹ Mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon is universitair docent Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

² En in zeker opzicht, dankzij het mechanisme van de reflexwerking, ook de kleine ondernemer.

³ Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.

⁴ Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. Nieuw BW B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 28.

⁵ Zie o.m. HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08 (*Pannon*) en HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (*Pénzügyi Lízing*).

⁶ In navolging van H.J. Snijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd. Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade’, *NJB* 2015/1902, p. 2665 gebruik ik deze term ook maar eens.

wordt hier nader op ingegaan. Tegenbewijs aangaande het onredelijk bezwarend karakter van het beding is uitgesloten.⁷ Wel mag de gebruiker de overeenstemming van het beding met de definitie van de zwarte lijst betwisten.

De grijze lijst (art. 6:237 BW) bevat een lange reeks bewijsvermoedens ten gunste van de consumentwederpartij. De wederpartij kan ook bij deze lijst volstaan met stellen (en zo nodig bewijzen) dat zij consument is en dat het beding met een lijstdefinitie overeenkomt. Overige omstandigheden aanvoeren is niet nodig. De grijze bedingen zijn doorgaans breder geformuleerd dan de zwarte bedingen, wat het aantonen dat aan een lijstdefinitie is voldaan soms iets lastiger maakt. Bewijzen dat een termijn ‘ongebruikelijk lang’⁸ is, is ingewikkelder dan bewijzen dat een periode korter of langer is dan drie maanden.⁹ In het licht van genoemde EU-rechtspraak wordt ook de consument die niets stelt tegemoetgekomen indien de rechter op grond van de hem voorliggende informatie vermoedt dat sprake is van een grijs beding. Hoewel bij een bewijsvermoeden van een *omkering* van de bewijslast (ofwel het bewijsrisico) geen sprake is,¹⁰ komt het hier bij de grijze lijst wel op neer. Voor het vermoeden draagt de consument immers geen bewijsrisico.¹¹

Aan de bewijslast van de gebruiker worden daarentegen strenge eisen gesteld.¹² De gebruiker van een grijs beding mag tegenbewijs leveren teneinde het vermoeden van onredelijk bezwarendheid te weerleggen. Het soms lastig te leveren tegenbewijs wordt beoordeeld aan de hand van de gezichtspunten bij de open norm. Bij sommige bedingen is de op de gebruiker rustende bewijslast nader gepreciseerd door de wetgever: als sprake is van een uitzonderingsclausule zoals bijvoorbeeld bij onder h en i (‘behoudens’) en onder k en n (‘tenzij’), dan dient het bewijs de toepasselijkheid van deze clausule te betreffen.¹³

2. De kleur van de Europese lijst: blauw of oranje

Met de inwerkingtreding van de Richtlijn oneerlijke bedingen kwam in 1995 een derde lijst in beeld.¹⁴ De bijlage bij deze richtlijn bevat een *indicatieve* lijst van

⁷ Hijma 2010, nr. 28.

⁸ Zie bijv. art. 6:237 onder a en e BW.

⁹ Zie bijv. art. 6:236 onder i en p BW.

¹⁰ Snijders 2015, p. 2667. Doorgaans wordt slechts de bewijsleveringslast (tijdelijk) omgekeerd en niet het bewijsrisico.

¹¹ M.J.A.M. Ashmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: BJu 2011, p. 207. Zie ook M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, nr. 179.

¹² C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 141; Loos 2013, nr. 289 en Rb. Almelo 27 januari 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BH1279.

¹³ Hijma 2010, nr. 28.

¹⁴ De Europese lijst is eigenlijk tweeledig: bijlage 1 van de Richtlijn bevat een lid 1 waarin de verschillende potentieel oneerlijke bedingen worden gedefinieerd en een lid 2 waarin een aantal uitzonderingen is opgenomen.

bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (art. 3 lid 3 Richtlijn).¹⁵ Deze lijst komt voor een groot deel overeen met de nationale lijsten maar er zijn enkele noemenswaardige verschillen: op de nationale lijsten ontbreken tot op heden het boetebeding (onder e) en het wijzigingsbeding (onder j). Tot aan 1 januari 2015 ontbrak hierop ook het arbitragebeding (onder q). De Europese lijst is facultatief in de zin dat lidstaten niet verplicht zijn om haar om te zetten.¹⁶ De Nederlandse wetgever heeft ervan afgezien om de nationale lijsten aan te vullen bij de omzetting van de richtlijn.

De status die de Europese lijst kreeg toebedeeld is een vrij zwakke. De lijst is vergeleken met *soft law* waarmee de rechter rekening houdt bij de richtlijnconforme uitleg van de open norm.¹⁷ Zij is blauw¹⁸ en oranje¹⁹ gekleurd maar nadrukkelijk grijs noch zwart. Dat een beding aan een definitie van de Europese lijst voldoet, sorteert een argumentatief effect maar levert geen vermoeden van onredelijk bezwarendheid op. De geslaagde toetsing aan de Europese lijst vormt slechts een omstandigheid van het geval bij de toetsing van een beding aan art. 6:233 onder a BW. Of deze omstandigheid beslissend is, staat ter beoordeling van de rechter.²⁰ Hij waardeert bij de toetsing aan de open norm alle hem beschikbare omstandigheden, ook zij die door de gebruiker in zijn verweer zijn aangedragen.

In de praktijk is de omstandighedentoets bij een boetebeding vaak toegespitst op onder e van de Europese lijst.²¹ Onder e betreft een beding dat tot doel of tot gevolg heeft dat 'de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen'. Ook de toetsing van wijzigingsbedingen aan de open norm komt in recente rechtspraak veelal neer op een toetsing aan onder j²² waarin een beding dat tot object of doel heeft om 'de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de

15 De lijst heeft haar oorspronkelijk toebedeelde zwarte karakter tijdens de totstandkoming van de richtlijn verloren.

16 HvJ EG 7 mei 2002, C-478/99, NJ 2003/74 (*Commissie/Zweden*).

17 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, nr. 207.

18 J.H.M. van Erp, 'Van onredelijk bezwarend naar oneerlijk, of: van Nederzwart en Neder grijs naar Euro-blauw', *WPNR* 1993/6079, p. 81-83. Zo wordt de lijst thans nog steeds aangeduid: Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641.

19 Hijma 2010, nr. 8.

20 Pavillon 2011, nr. 113. Vgl. Rb. Leeuwarden 15 juli 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ2957.

21 Vgl. Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2, Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.12.

22 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.2; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.18 e.v. Zie echter: Rb. Amsterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4507, r.o. 4.3.

overeenkomst te wijzigen' als potentieel oneerlijk wordt bestempeld.²³ De rechter concentreert zich op de op het beding toegesneden gezichtspunten uit de lijst (mogelijkheid tot ontbinding, transparantie van het beding, vermelding geldige redenen voor opzegging) ten koste van de ruimere gezichtspunten uit art. 6:233 onder a BW, meestal omdat hieromtrent niets is gesteld.²⁴

Worden die omstandigheden wel aangevoerd, dan dient de rechter deze mee te laten wegen. De toetsing van een wijzigingsbeding in de erfpachtvoorwaarden door het Hof Amsterdam is in dat licht bijvoorbeeld ten onrechte beperkt tot een toetsing aan onder j van de Europese lijst.²⁵ Het arrest hield mede om deze redenen geen stand. In cassatie benadrukt de Hoge Raad dat *'bij een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en onge-rechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval'*.²⁶ De aanbeveling om direct aan de richtlijn te toetsen, zonder het nationale toetsingskader van art. 6:233 sub a BW te noemen, is opmerkelijk. Ook opmerkelijk is dat in het rijtje omstandigheden dat volgens de Raad relevant is bij deze toetsing, niet aan de in de Europese jurisprudentie nader uitgewerkte gezichtspunten uit de Europese lijstdefinitie wordt gerefereerd (hierna, par. 5).

23 Onder j dient men in samenhang te beschouwen met onder b van de 'tweede lijst' (een korte lijst met enige uitzonderingen). Hieruit blijkt dat onder j niet in de weg staat 'aan bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt de door of aan de consument te betalen rentevoet of het bedrag van alle andere op de financiële diensten betrekking hebbende lasten bij geldige redenen zonder opzegtermijn te wijzigen, mits de verkoper verplicht wordt dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de andere contracterende partij(en) en deze vrij is (zijn) onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen'. Onder j staat evenmin in de weg aan 'bedingen waarbij de verkoper zich het recht voorbehoudt de voorwaarden van een overeenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig te wijzigen, mits hij verplicht is de consument daarvan redelijke tijd vooraf in kennis te stellen en het de laatste vrijstaat de overeenkomst te ontbinden'.

24 In Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2 wordt een niet relevante uitspraak aangehaald door verweerder. In Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.12 ligt de focus op de onevenredigheid van de boete.

25 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.2 waarover: F.J. Vonck, 'Eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in erfpachtvoorwaarden', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Naar een verbeterde vastgoedketen*, Den Haag: BJu 2015, p. 61-63. Het hof had behalve aan onder j bijv. ook aandacht moeten besteden aan de aard van de rechtsverhouding tussen de gemeente als erfverpachter en de erfpachters. De gemeente had verschillende omstandigheden gesteld die niet door het hof in zijn motivering zijn betrokken: HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.5 e.v. in lijn met conclusie A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, r.o. 6.36 en 6.38.

26 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.6.

3. De ambtshalve toetsing van bedingen in algemene voorwaarden

De inhoudelijke beoordeling van algemene voorwaarden kan niet meer los worden gezien van de verplichting om oneerlijke bedingen ambtshalve uit te schakelen.²⁷ De nationale rechter moet als hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te *vermoeden* dat het beding onder de werkingssfeer van de richtlijn valt en zo ja, oneerlijk is, vaststellen of dat inderdaad het geval is.²⁸ Of een beding onder het toepassingsbereik van de oneerlijkheidstoets valt, hangt af van de vraag of sprake is van een consument en van een beding waar niet over is onderhandeld. Voorts moet het beding de rechter verdacht voorkomen, bijvoorbeeld omdat het op een lijst voorkomt.²⁹

Bij het beantwoorden van deze vragen treedt de nationale rechter zo nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Hij heeft toegang tot alle feiten in het dossier en moet, indien nodig, zelf op zoek gaan naar aanvullende feiten.³⁰ Op dit punt lijkt de Hoge Raad meer van de rechter te verlangen dan het HvJ EU, dat slechts aan de toepasselijkheidsvraag en niet ook aan het oneerlijkheidsonderzoek een instructieplicht koppelt.³¹ De verplichting voor de rechter om ambtshalve op te treden vloeit voort uit het effectiviteitsbeginsel en meer specifiek uit het hiermee samenhangende beginsel van effectieve rechtsbescherming.³² De ambtshalve toetsingsverplichting geldt niet slechts in eerste aanleg maar ook in hoger beroep, waarin de rechter buiten de grieven om tot een ambtshalve toets moet overgaan.³³ In hoger beroep volstaat dat door partijen tegen de toe- of afwijzing van een op een beding gebaseerde vordering is opgekomen.³⁴

²⁷ Zie hierover H.J. Snijders, 'New developments in national rules for ex officio raising of points of community law by national courts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law*, serie Onderneming en Recht, deel 81-I, Deventer: Kluwer 2014.

²⁸ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013-6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor; *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans; *TvPP* 2014-3, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.5.3, 3.9.1, 3.9.3 en 3.10.

²⁹ Vgl. C.M.D.S. Pavillon, 'Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst', *TvC* 2015-3, p. 130.

³⁰ Bijv. door aanwending van zijn in art. 21 en 22 Rv neergelegde bevoegdheden tot het bevelen tot toelichting van stellingen en/of het overleggen van bescheiden.

³¹ Pavillon 2015, p. 130.

³² A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, nr. 172 e.v.; R. Meijer, 'The Rewe/Comet "doctrine" and its implications on national private law', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law*, serie Onderneming en Recht, deel 81-I, Deventer: Kluwer 2014, p. 48-51.

³³ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013-6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor; *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans; *TvPP* 2014-3, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.6.3 en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340.

³⁴ De rechter in tweede aanleg dient de toets als ware het een regel van openbare orde buiten het door de grieven ontsloten gebied toe te passen.

Vaststaat dat er in beginsel geen stellast rust op de met een oneerlijk beding geconfronteerde consument. Hij hoeft niets te stellen wat betreft zijn hoedanigheid als consument³⁵ noch wat betreft het onredelijk bezwarend karakter van het beding. Dit alles dient de rechter zelf op te maken uit de hem voorliggende, soms door hem actief opgespoorde feiten, met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv en art. 47 Handvest).³⁶

4. De rol van de Europese lijst bij de ambtshalve toetsing aan de open norm

Bij de ambtshalve toetsing spelen lijsten – zowel de nationale als de Europese – een wezenlijke rol. In geval van *gelijkenis* van een beding met een definitie op de nationale lijsten is zonder meer sprake van een verdacht beding dat aan de oneerlijkheidstoets moet worden onderworpen. Deze toets verloopt bij de nationale lijsten als volgt. De rechter kan, indien hij beschikt over de tekst van het beding, gelet op de strakke definities van art. 6:236 BW, tamelijk eenvoudig vaststellen dat het gaat om een zwart beding en daarmee de toetsing afronden. Omwille van het beginsel van hoor en wederhoor zal de gebruiker nog wel in de gelegenheid moeten worden gesteld om te reageren en de toepasselijkheid van de lijst gemotiveerd te betwisten. Om vast te stellen dat een beding grijs is, is er soms meer informatie nodig dan bij de toetsing aan de zwarte lijst. Naar deze informatie dient de rechter zo nodig eigener beweging op zoek te gaan. Meestal kan hij op basis van het dossier concluderen dat sprake is van een grijs beding. De gebruiker krijgt dan de gelegenheid om het vermoeden te weerleggen.³⁷ Hiermee wordt voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor. De zwarte en grijze lijsten zijn essentiële aangrijpingspunten bij de ambtshalve toetsing, en één van de redenen waarom deze toetsing zo soepel verloopt in de Nederlandse rechtspraak.

Een ‘vermoeden’ van oneerlijkheid ontleent de Nederlandse rechter ook regelmatig aan het feit dat een beding gelijkenis vertoont met een beding op de Europese lijst. Deze lijst is van groot belang bij de aanpak van bedingen die niet op een nationale maar wel op de Europese lijst staan. In de Nederlandse rechtspraak heeft met name de definitie onder e ervoor gezorgd dat ‘boetebedingen’ op grote schaal *ambtshalve* zijn vernietigd.³⁸ Het LOVCK leunt in zijn aanbevelingen nopens de ambtshalve

35 HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13 (*Faber/Hazet Ochten*).

36 HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, NJ 2013/326, m.nt. M.R. Mok (*Banijf*). In verstekzaken kan alleen de gebruiker worden gehoord.

37 Rb. Arnhem 27 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1729; Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2303, r.o. 8.

38 Ook onder o wordt soms aangewend. Onder o betreft bedingen die tot doel of tot gevolg hebben ‘de consument te verplichten al zijn verbintenissen na te komen, zelfs wanneer de verkoper zijn verbintenissen niet uitvoert’. Zie Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:524, r.o. 2.5.

toetsing stevig op de Europese lijst en richt zijn aan onder e ontleende pijlen op boetebedingen in huur-, creditcard- en mobiele telefoonzaken. De volgende overweging uit een kortgedingvonnis is illustratief voor de wijze waarop in de lagere rechtspraak met de lijst wordt omgegaan wanneer een boetebeding in algemene voorwaarden ambtshalve wordt aangepakt.

‘Ten aanzien van de door eiseres gevorderde betaling door gedaagde sub 1 van een boete van EUR 4.538,- wordt overwogen dat gedaagde sub 1 voorshands als een consument dient te worden aangemerkt, nu het gehuurde niet alleen op bedrijfsruimte/atelierruimte maar ook woonruimte ziet en gedaagde sub 1 een natuurlijk persoon is. Het beding op grond waarvan de boete wordt gevorderd betreft een algemene voorwaarde. Ingevolge artikel 3 lid 3 van de Richtlijn oneerlijke bedingen kunnen als oneerlijk worden aangemerkt onder meer de bedingen die zijn opgenomen in de bijlage bij deze richtlijn. Tot die bedingen behoort het beding (artikel 1 aanhef en onder e) dat tot doel of tot gevolg heeft ‘de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen’. Nu in het beding waarop de gevorderde boete is gebaseerd geen limiet is gesteld aan de te verbeuren boete kan de boete oplopen tot een bedrag dat in geen redelijke verhouding meer staat tot de geleden schade. Dit maakt het beding voorshands onredelijk bezwarend.’³⁹

Nadat de rechter de toepasselijkheid van de richtlijn heeft vastgesteld (er is sprake van een consument en van een algemene voorwaarde), vervolgt hij de toetsing door de open norm aan de hand van het in onder e vervatte gezichtspunt – de onevenredig hoge schadevergoeding – te concretiseren. Het feit dat het beding niet is gemaximeerd leidt tot het oordeel dat het beding voorshands onredelijk bezwarend is.⁴⁰ Bij de ambtshalve toetsing van boetebedingen wordt stelselmatig aangehaakt bij het centrale gezichtspunt uit onder e.⁴¹ Het uit een vergelijking met de wettelijke rente afgeleide onevenredige karakter van een boete volstaat regelmatig om het onredelijk bezwarende karakter ervan te bepalen.⁴² De toetsing van

³⁹ Rb. Amsterdam (vzr.) 19 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9453, r.o. 2.3. Zie ook Rb. Amsterdam (vzr.) 12 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8887, r.o. 10.

⁴⁰ Vgl. ook Ktr. Arnhem 6 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4386; Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:950, r.o. 2.3.

⁴¹ Rb. 's-Hertogenbosch 14 april 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BM1319, r.o. 6 en 7; Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5241, r.o. 2.5; Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.12.

⁴² Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5414, WR 2014/105, m.nt. F. van der Hoek; Ktr. Utrecht 24 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4635, r.o. 2.3; Hof Amsterdam 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2859, r.o. 3.5.3 en 3.5.4. Zie hierover R.H.C. Jongeneel, ‘Meer dan de wettelijke rente, maar hoeveel meer?’, *NJB* 2015/861, p. 1227-1230.

boetebedingen aan de open norm komt doorgaans neer op een *ambtshalve* toetsing aan onder e van de Europese lijst.⁴³

De ambtshalve toetsingsplicht betreft ook die bedingen die (potentieel) oneerlijk zijn op grond van de open norm.⁴⁴ Aan de rechter komt de (zware) taak toe om deze bedingen op te sporen. De toetsing aan de open norm wordt bemoeilijkt door haar onbepaalde, feitelijke karakter. De Europese lijst biedt de rechter de nodige houvast en geeft structuur aan de open norm. Het hanteren van de redelijk vastomlijnde, uit de Europese lijst afkomstige gezichtspunten vergemakkelijkt de ambtshalve toetsing aan art. 6:233 onder a BW en vergroot haar voorspelbaarheid.⁴⁵

5. De rechtspraak van het HvJ met betrekking tot de Europese lijst en de plicht tot richtlijnconforme uitleg

De lagere rechtspraak inzake de toetsing van boetebedingen is, door het toedichten van een beslissende rol aan de Europese lijst, een gezien de rechtspraak van de Hoge Raad opmerkelijke koers gaan varen. Uit het *Meurs/Newomij*-arrest (2006)⁴⁶ volgt immers dat de rechter bij de (richtlijnconforme) uitleg van art. 6:233 onder a BW niet verplicht is om de door Meurs gestelde overeenstemming met de lijst beslissend te achten.⁴⁷ Hij mag zelf bepalen welke omstandigheden de doorslag geven binnen de inhoudstoets. In de desbetreffende zaak was hij volgens 's lands hoogste rechter vrij om de omstandigheid dat een boetebeding kon worden gematigd op grond van art. 6:91 BW het meeste gewicht toe te kennen. Intussen heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten niet herzien mogen worden en dat Meurs het gelijk aan haar zijde had toen zij meende dat een beding in algemene voorwaarden 'eerst op inhoud (dient) te worden getoetst, eer toetsing aan het bepaalde in art. 6:94 kan

43 Hof Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:32, *JOR* 2015/142, m.nt. J.W.P.M. van der Velden, r.o. 19.

44 M.H. Wissink, 'Case: Supreme Court of the Netherlands. Meurs/Newomij (Judgment of the Hoge Raad der Nederlanden of 24 March 2006, J.J.G. Meurs-Van Roodselaar and F.L.M. Meurs v. BV Nederlandsche Woningfinanciering Maatschappij, Case C05/011/HR)', *ERCL* 2007/3, p. 369.

45 C.M.D.S. Pavillon, 'Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm', *NTBR* 2011/8, nr. 4.

46 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/15, m.nt. H.J. Snijders.

47 Dit oordeel heeft geleid tot enkele misvattingen: de Hoge Raad heeft anders dan sommige annotatoren uit het arrest opmaakte niets bepaald omtrent de rechterlijke verplichting om ambtshalve aan de richtlijn of aan de lijst bij de richtlijn te toetsen (wat volgens Wissink op hetzelfde neerkomt: een oneerlijk beding moet ambtshalve worden getoetst ongeacht of het op een lijst prijkt). In deze zaak was een beroep gedaan op de onredelijk bezwarend-norm en was van ambtshalve toetsing dus geen sprake: Wissink 2007, p. 369-370.

plaatsvinden'.⁴⁸ De matigingsbevoegdheid wordt thans dan ook terecht buiten beschouwing gelaten bij de toetsing aan art. 6:233 onder a BW in een B2C-verhouding.⁴⁹ Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt echter geenszins dat onder e als beslissend gezichtspunt *moet* worden gehanteerd. Wat betreft de status van de Europese lijst houdt het *Meurs/Newomij*-arrest nog steeds stand: de lijst heeft een *indicatief* karakter. Vaststaat dat de rechter andere gezichtspunten dan (die uit) de Europese lijst als doorslaggevend mag beschouwen.

Een vraag waar onduidelijkheid over bestaat is de vraag of de rechter acht *moet* slaan op de Europese lijst. In de EU-rechtspraak betreffende op de Europese lijst voorkomende bedingen zoomt het HvJ EU steevast in op de gezichtspunten uit die lijst.⁵⁰ Zo ook in het *Aziz*-arrest waarin onder e en onder q centraal staan.⁵¹ Het HvJ EU heeft ook zijn licht laten schijnen op onder j. De vermelding van de reden voor de wijziging wordt door het HvJ EU ingekleurd aan de hand van het transparantievereiste uit art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen (dat is omgezet in art. 6:238 lid 2 BW).⁵² In het kader van de richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 onder a BW, die gelijke tred moet houden met genoemde EU-rechtspraak, nemen onder e en recentelijk ook j dus terecht een steeds prominentere plaats in bij de Nederlandse (ambtshalve) toetsing aan de open norm.⁵³ Hoewel zij niet beslissend zijn, *moeten* de Europese lijst en bijbehorende gezichtspunten m.i. wel in de rechterlijke afweging en motivering worden meegenomen. Zij vallen binnen het terrein van de verplichte richtlijnconforme uitleg.⁵⁴ Ik meen dat de rechter de feiten *desnoods ambtshalve* moet aanvullen met de omstandigheid dat het beding op de lijst staat indien de consument deze omstandigheid niet heeft gesteld.

48 Conclusie A-G Wesseling-van Gent voor HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/15, m.nt. H.J. Snijders, sub 2.63. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, (*Asbeek Brusse*), r.o. 60, waarin het Hof aansluit bij HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok, (*Banco Español de Crédito*), r.o. 65-69. De matigingsbevoegdheid mag echter geen rol meer spelen: om te voorkomen dat onredelijke boetebedingen hun sanctie ontlopen, mag die bevoegdheid de uitkomst van de oneerlijkheidstoets niet langer beïnvloeden, nog afgezien van het feit dat zij geen betrekking heeft op het beding zelf, de overeenkomst of de wijze waarop zij tot stand is gekomen.

49 Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:524, r.o. 2.10; Ktr. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9254, r.o. 18; Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.14.

50 C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014-4, p. 163-172.

51 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, NJ 2013/374, m.nt. M.R. Mok (*Aziz*).

52 HvJ EU 26 april 2012, C 472/10, NJ 2012/404 (*Invitel*), r.o. 30-31 en HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11 (*RWE*), r.o. 52. Zie ook HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*).

53 Tot aan de opname van het arbitragebeding op de zwarte lijst werd ook onderdeel q vaak bij de toetsing aan de open norm betrokken.

54 Anders: Hijma 2010, nr. 8; vgl. conclusie A-G Wesseling-van Gent voor HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/15, m.nt. H.J. Snijders, nr. 2.51.

Een tweede vraag waar verschillend over wordt gedacht is de vraag of de rechter binnen de toetsing aan art. 6:233 onder a BW mag volstaan met de toetsing aan de Europese lijst, zoals in bovenstaand kortgedingvonnis.⁵⁵ Dat de gezichtspunten uit de lijst in de praktijk de uitkomst van de toetsing bepalen, is, gelet op de waarde die het HvJ EU aan die gezichtspunten hecht, niet verwonderlijk. Het HvJ EU moedigt dit ook aan door te benadrukken dat de indicatieve bijlage ‘een wezenlijk aspect (vormt) waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren’.⁵⁶ Door de nadruk te leggen op de Europese lijst en daarin opgenomen gezichtspunten, heeft het HvJ EU de betekenis hiervan nadrukkelijk onderstreept. Volgens Snijders staat een tot de lijst beperkte toetsing echter op gespannen voet met de in art. 4 Richtlijn voorgeschreven omstandighedentoets.⁵⁷ Voorop staat dat de lijst geen zelfstandige rechtsgrond vormt en dat de toetsing hieraan altijd onderdeel moet zijn van de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm.⁵⁸

De geconstateerde spanning zou ik evenwel graag willen nuanceren. Waar het HvJ EU in het *Invitel*-arrest aangeeft dat de lijst niet ‘uit zichzelf’ bepalend is, bedoelt het te zeggen dat de vaststelling *in concreto* van de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument (art. 3 lid 1 Richtlijn) doorslaggevend is.⁵⁹ De Hoge Raad heeft in de eerder aangehaalde zaak betreffende de eenzijdige herzieningsbevoegdheid van de erfpachtcanon van de Gemeente Amsterdam hetzelfde overwogen: deze verstoring moet worden vastgesteld en onderbouwd aan de hand van de relevante omstandigheden van het geval.⁶⁰ De toetsing aan een definitie van de Europese lijst kan gelet op de hierin opgenomen gezichtspunten, zoals uitgelegd door het HvJ, echter zonder meer neerkomen op een omstandighedentoets. Het is daarom goed denkbaar dat de relevante omstandigheden waarover de rechter beschikt ter concretisering van de verstoringstoets (ofwel de onredelijk bezwarend-norm) allemaal kunnen worden ‘opgehangen’ aan de gezichtspunten uit de lijstdefinitie. De toetsing aan de lijst vormt dan een omstandighedentoets op zich.

55 Rb. Amsterdam (vzr.) 19 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9453, r.o. 2.3.

56 HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, *NJ* 2012/404 (*Invitel*), r.o. 26. Zie ook Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, r.o. 4.7.

57 Noot H.J. Snijders onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/15, nr. 3c.

58 Op 15 december 2015 maakte het Hof Amsterdam zijn voornemen bekend om over ‘boetebedingen’ in effectenleaseovereenkomsten vragen te stellen aan de Hoge Raad: Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5241, r.o. 2.14. Het hof wil onder meer weten of een beding in de zin van onder e van de Europese lijst op die grond als oneerlijk moet worden aangemerkt. Naar huidig recht zal de Hoge Raad waarschijnlijk oordelen dat het voorkomen op de Europese lijst niet volstaat om het beding als onredelijk bezwarend aan te merken.

59 Een directe verwijzing naar art. 4 ontbreekt opmerkelijk genoeg in de aangehaalde jurisprudentie: het HvJ EU refereert in zijn overwegingen aangaande de toetsing van het beding slechts aan art. 3 en 5 (het transparantievereiste).

60 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.6.

Bij een wijzigingsbeding zullen de gestelde omstandigheden veelal betrekking hebben op het (on)gerechtvaardigde van de wijzigingsbevoegdheid (onder j van lid 1) en de mogelijkheid tot opzegging (onder b van lid 2). In het *RWE*-arrest (r.o. 54) benadrukt het HvJ EU dat de daadwerkelijke mogelijkheid om op te zeggen essentieel is. Bij een boetebeding zal het partijdebat zich al snel op het onevenredige karakter van de boete concentreren (onder e). Ingeval *alle* voorliggende omstandigheden van het geval specifieke gezichtspunten uit de lijst betreffen, zal de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm neerkomen op een toetsing aan die lijst. Mij komt voor dat hoewel de rechter dan binnen de lijntjes van de definitie kleurt, er wel degelijk sprake is van een omstandighedentoets in de zin van art. 6:233 onder a BW. Van belang is dat de open norm in conformiteit met art. 3 lid 1 Richtlijn wordt geïnterpreteerd: de *concrete* verstoring ofwel onredelijk bezwarendheid van het beding gelet op de omstandigheden van het geval geeft de doorslag, niet het voorkomen van het beding op de lijst. Dit moet duidelijk uit de rechterlijke motivering blijken.

6. De kleur van de Europese lijst: toch (zacht) grijs?

Terug naar de stel- en bewijslast van de consument bij de toepassing van de Europese lijst: welke kleur past het beste bij de Europese lijst zoals zij in de lagere rechtspraak wordt aangewend? Over de stel- en bewijslast van de consument bij een beroep op de Europese lijst laat het HvJ zich niet uit. De wijze waarop de onredelijk bezwarendheid van een beding dat wel op de Europese maar niet op een nationale lijst staat naar nationaal recht wordt vastgesteld bepaalt de zwaarte van de stel- en bewijslast van de consument, dat wil zeggen de eisen die hieraan worden gesteld. In het *Marrum/Wolff*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat het arbitragebeding dat destijds nog slechts op de Europese lijst voorkwam aan een *omstandighedentoets* moest worden onderworpen waarbij de stel- en bewijslast in beginsel bij de consument ligt.⁶¹ Het latere *Heesakkers/Voets*-arrest⁶² betreft een situatie waarin dit beginsel niet opgaat: indien de rechter vermoedt dat hij te maken heeft met een oneerlijk beding moet ook de consument die niets heeft gesteld omtrent die oneerlijkheid worden beschermd door een ambtshalve toetsing van het beding. Bedingen die prijken op de Europese lijst – met name boetebedingen – worden vaak geacht oneerlijk te zijn als aan de definitie van de lijst is voldaan. Bij de ambtshalve toetsing van deze bedingen rust op de consument geen stellast. Bij gebrek aan feiten die relevant zijn voor de beoordeling van de onredelijkheid van een beding op de Europese lijst vult de rechter de gezichtspunten uit de lijst en bijbehorende jurisprudentie van het HvJ EU zelf in, met behulp van gegevens in

61 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, *NJ* 2013/431, m.nt. H.J. Snijders; *TBR* 2012/206, m.nt. C.M.D.S. Pavillon. Deze uitspraak sluit aan bij HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, *NJ* 2005, 75 (*Hofstetter*), r.o. 23.

62 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013-6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor; *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans; *TvPP* 2014-3, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*).

het dossier.⁶³ Deze gezichtspunten (zoals de transparantie-eis) bieden in zoverre uitkomst dat zij veelal kunnen worden ingekleurd door beschikbare gegevens als de dagvaarding en het contract. Het wel of niet bestaan van een geldige reden voor een wijziging en de mogelijkheid om te ontbinden maar ook het van de wet afwijkende of ongelimiteerde karakter van een boetebeding kunnen hier over het algemeen tamelijk eenvoudig uit worden afgeleid.

Ook wanneer de consument wel een beroep doet op de onredelijk bezwarendheid van een beding uit de Europese lijst maar nalaat om dit beroep te onderbouwen, worden er lage eisen gesteld aan zijn stellast. De rechter komt hem tegemoet door ambtshalve de lijstdefinitie als gezichtspunt aan te voeren ter substantiëring van het beroep op de open norm.⁶⁴ Een dergelijke benadering voorkomt dat er ongelijkheid ontstaat ten aanzien van de aan de Europese lijst te ontleen bescherming.⁶⁵ Het kan niet zo zijn dat de consument beter wordt beschermd indien hij helemaal niets stelt.

Als gezegd is de toetsing van een boete- of wijzigingsbeding aan de open norm veelal *beperkt* tot de toetsing *in concreto* aan de gezichtspunten uit de Europese lijst. De gerichtheid op deze gezichtspunten preciseert de stellast van de consument, zoals de grijze lijst de bewijslast van de gebruiker vaak nader afbakt. Als de consumentwederpartij ter substantiëring van haar beroep op de open norm volstaat met het aandragen van omstandigheden ter invulling van de definitie van de lijst dan acht de rechter dit in de geraadpleegde gevallen toereikend.⁶⁶ Tenzij verder eveneens omstandigheden aandraagt, vindt de toetsing plaats aan de hand van het door de consument gestelde.⁶⁷ De open norm wordt bij boete- en wijzigingsbedingen van scherpe contouren voorzien en de in beginsel feitelijke toetsing geschiedt vrij abstract, met inachtneming van een beperkte hoeveelheid omstandigheden.⁶⁸

De ambtshalve toetsing van bedingen aan de Europese lijst leent zich bijzonder goed voor een verschuiving van de stel- en bewijslast naar de gebruiker: de rechter vult zelf de open norm in aan de hand van de gezichtspunten uit de lijst, kleurt

63 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6873 en 4 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8258 (verwijst naar de wet en de transparantie-eis uit art. 5 Richtlijn).

64 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.2; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.18. Zie daarentegen: Rb. Amsterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4507, r.o. 4.3.

65 De Europese lijst wordt evenwel ook ambtshalve aangewend ten behoeve van een *a contrario* redenatie: Hof Amsterdam 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014: 3563 en 3638, r.o. 3.4, *TvC* 2015-1, m.nt. Spanjaard, waarmee ook de verweerder tegemoet wordt gekomen: Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641, r.o. 12-14.

66 Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, r.o. 4.11 (alle gestelde omstandigheden zien op de onevenredigheid van de boete); Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.1.

67 Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2. In deze zaak verweerde gebruiker zich door te wijzen op een niet voor de oneerlijkheidstoets relevante zaak.

68 Vgl. noot H.J. Snijders onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/15, nr. 4a.

deze met de hem ter beschikking staande feiten en laat vervolgens in het kader van de hoor en wederhoor de gebruiker het ‘rechterlijk vermoeden’ van oneerlijkheid weerleggen.⁶⁹ Laat de gebruiker dit na, dan wordt het beding uitgeschakeld.⁷⁰ Het mechanisme van de ambtshalve toetsing maakt van de Europese lijst als het ware een grijze lijst.⁷¹ Maar de Europese lijst krijgt soms ook een grijs tintje in gevallen waarin de consument bij een beroep op art. 6:233 onder a BW een voldoende onderbouwd beroep doet op de Europese lijst: de gebruiker is vervolgens aan zet om tegenbewijs te leveren.⁷² De stel- en bewijslast van de consument is dan gering en vergelijkbaar met die van een consument die zich beroept op de nationale lijsten. In het licht van de ambtshalve toetsingspraktijk is een dergelijke verdeling van de stel- en bewijslast gerechtvaardigd. Er moet worden gewaakt voor een discrepantie tussen de bewijspositie van de consumentwederpartij die geen beroep doet op de open norm en zij die dat wel doet en nalaat dit beroep te substantiëren.

7. Conclusie

Uit de voor dit onderzoek nageslagen rechtspraak blijkt dat de rechter bijzonder veel aandacht schenkt aan de Europese lijst van potentieel oneerlijke bedingen. Bij de toetsing aan de open norm van bedingen die niet op een nationale maar wel op de Europese lijst prijken – boete- en wijzigingsbedingen – beperkt hij zich regelmatig tot de gezichtspunten die uit die lijst (en bijbehorende EU-rechtspraak) voortvloeien. Wordt aan de definitie van de lijst voldaan, dan ontstaat veelal een ‘vermoeden van oneerlijkheid’ dat de gebruiker van het beding dient te weerleggen. De gelijkenis met de grijzelijsbenadering is treffend.

De lijst bij de richtlijn heeft duidelijk invloed op de in Nederland levende rechtsopvattingen. Net als destijds bij het arbitragebeding, tekent die invloed zich duidelijk af in de lagere jurisprudentie met betrekking tot boete- en wijzigingsbedingen in consumentenovereenkomsten. Op de van oudsher als eerlijk beschouwde bedingen rust thans een zekere verdenking. De gewijzigde opvattingen zouden maar mijn idee net als bij het arbitragebeding moeten uitmonden in een wetswijziging. Voorkeur verdient om onder e en j van de Europese lijst in het Nederlandse recht om te zetten en op te nemen in art. 6:237 BW, eventueel via een wijziging van onder i resp. onder c conform art. 6:239 lid 1 BW.⁷³

69 Pavillon 2011, nr. 164-167. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, ECLI:NL:

GHSHE:2013:5206, r.o. 4.3.5-4.3.6 (tussenarrest) en 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:983, r.o. 4.7; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4630, r.o. 2.5.2.

70 Zie bijv. Ktr. Arnhem 27 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1729.

71 Pavillon, *TvPP* 2014, nr. 17.

72 Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2.

73 Hiermee wordt ook voorkomen dat de rechter per abuis rechtstreeks aan de richtlijn toetst. Zolang hij de Europese lijst in het kader van de toetsing aan art. 6:233 onder a BW aanhaalt, is van directe werking echter geen sprake: vgl. ECLI:NL:PHR:2016:3, r.o. 6.23.1 en 6.37.

De omzetting van de lijst is weliswaar niet verplicht maar de genoemde onderdelen vullen een leemte in in het nationale recht. Zodoende verwordt een in de lagere rechtspraak ontwikkeld jurisprudentieel bewijsvermoeden tot een wettelijk vermoeden. De aanwending van deze ‘minst subtiele slijpsteen voor de stel- en bewijslastverdeling’ volgens Snijders⁷⁴ lijkt mij gerechtvaardigd met het oog op een effectieve rechtsbescherming van de consument. Zij leidt niet tot een verstoring van het huidige stelsel van stel- en bewijslastverdeling maar brengt de verdeling van de bestaande stel- en bewijslast in overeenstemming met de ambtshalve toetsingspraktijk.

74 Snijders 2015, p. 2672.

Aan 't werk kent gij den Kunstenaar

Peter Smits¹

I. Poëzie en wijn

Op de kop af een kwart eeuw geleden, in 1991, begon ik met mijn dissertatie-onderzoek over 'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure' onder de bezielende leiding van Henk, welk onderzoek ik uiteindelijk vijf jaar later bovenstaand thema zou meegeven en dat in de aanhef figureert van een minder bekende fabel van de classicistische dichter Jean de la Fontaine. Niet alleen de aanhef – in het Frans klinkt die veel mooier: *A l'oeuvre on connaît l'artisan* –, maar ook (en vooral) de inhoud van die fabel, over een ruzie tussen hommels en bijen omtrent de eigendom van 'een handvol honigraten' die moeizaam bij de rechter uitgevochten wordt, sprak mij destijds bijzonder aan. Want La Fontaine wist daarin op onnavolgbare wijze zo ongeveer alle elementen van art. 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) te vervlechten op een manier die tot op de dag van vandaag tot de verbeelding spreekt; hij was dus, behalve een geniaal poëet, ook nog eens een (juridische) ziener, aangezien uiteraard noch art. 6 EVRM, noch dier equivalenten art. 14 IVBPR en art. 47 Handvest Grondrechten EU het licht toen al hadden gezien.

In de schaduw van een dergelijke Kunstenaar past ons allen dan ook bescheidenheid. Maar dat geldt wat minder voor Henk die tekortgedaan zou worden als hij slechts als verdienstelijk jurist gekenschetst zou worden. In mijn 'Rotterdamse dissertatiejaren' heb ik met hem, als erkend civilist en processualist, vele inspirerende (en uitputtende) gesprekken gevoerd over elk afzonderlijk hoofdstuk van mijn boek. Dat betekende telkens goed voorbereid van Rotterdam naar Warmond afreizen met de auto om daar een hele avond lang in Henks werkkamer boven te bomen over mijn gedachtecronkels omtrent – al naargelang – het recht op hoor en wederhoor, de openbaarheid van de burgerlijke rechtspraak, de berechting binnen een redelijke termijn, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter en *last but not least* (of beter: *first and foremost*) de toegang tot de burgerlijke rechter. En aan het einde van zo'n mentale kraaksessie gekomen, was mijn vurigste wens altijd om in mijn krakkemikkige auto te kunnen stappen, terug naar Rotterdam. Eén hobbel moest dan echter nog genomen worden, even zwaar als de gehele avond: het goede glas wijn dat Henk bij die gelegenheden steevast aanbood. Mijn hoofd tolde al volledig door het voorgaande hersengeknars, doch dat werd met gemak

¹ Mr. dr. P. Smits is advocaat bij ING Bank.

verdubbeld door deze – immer oprechte – geste van Henk. Het heeft me 25 jaar gekost om dit op te biechten, maar dat vergeef je me toch wel, Henk?² Maar het is begrijpelijk dat we eindeloos doorboomden over ‘mijn onderwerp’, want art. 6 EVRM is het mooiste artikel dat een processualist zich maar kan indenken.³ Het is een blijvende inspiratiebron voor vele vernieuwingen en omwentelingen in het (burgerlijk) procesrecht gebleken – en is dat nog steeds. Niet voor niets heeft mijn proefschrift uit 1996 een tweede druk gezien in 2008,⁴ terwijl een derde druk in de maak is.⁵ Daarnaast krijgt art. 6 EVRM in de nieuwe *Asser-Procesrecht 1, Beginselen van burgerlijk procesrecht*, van de hand van Ivo Giesen,⁶ terecht een meer dan pregnante plaats toebedeeld. Het is kortom niet overdreven om te stellen, gelijk ik dat in 1996 reeds deed, dat we hier te maken hebben met een *leading article*.

Tot welke in het oog springende en/of noodzakelijke procesrechtelijke veranderingen heeft dit verdragsartikel, dat oorspronkelijk bedoeld is als een ondergrens maar sinds jaar en dag fungeert als een veilig baken in woelige baren, de afgelopen kwart eeuw al dan niet de aanzet gegeven en welke repercussies zijn daarvan wellicht in de toekomst nog te verwachten? Ik doe een greep uit het arsenaal.

2. Deelaspecten van het recht op een *fair hearing*

De ruggengraat van art. 6 EVRM wordt toch wel gevormd door het recht op een ‘fair hearing’. Die eis brengt onder meer met zich dat iedere partij in een civiele procedure recht heeft op een redelijke gelegenheid om zijn zaak aan de rechter

² En ter geruststelling: er zijn nooit ongelukken van gekomen.

³ Margreet Ahsmann beantwoordde kort voor haar Leidse benoeming tot bijzonder hoogleraar Rechtspleging in een interview van 22 augustus 2011 in de juridische *glossy* Mr. de aan haar gestelde vraag ‘Welk wetsartikel vindt u het mooiste?’ met: ‘Artikel 6 EVRM: fair trial. Daar draait het in de kern om.’

⁴ P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), (2^e druk), Deventer: Kluwer 2008.

⁵ Het uitdrukkelijke verzoek voor een derde druk kwam van de redactie van de serie Burgerlijk Proces & Praktijk waarvan, inderdaad, Henk Snijders deel uitmaakt. Dat verzoek heb ik – ik moet bekennen, na enige aarzeling – aanvaard, want voordat je het weet word je op die manier een *one trick pony*. De derde druk zal ik (misschien ook wel om die reden) niet alleen schrijven, maar samen verzorgen met Lieke Coenraad, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder conflictoplossing, aan de VU.

⁶ I. Giesen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015. Art. 6 EVRM is voor het eerst door E.J. Dommering in beeld gebracht voor het civiele procesrecht in diens NJV-pleidvies van 1983, toen de jaarlijkse NJV-vergadering was gewijd aan het thema ‘Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?’.

voor te leggen onder zodanige omstandigheden dat hij niet substantieel benadeeld wordt ten opzichte van zijn wederpartij. Dat wordt ook wel aangeduid met het equality of arms-beginsel.⁷ Dat heeft in Nederland enkele verstrekkende gevolgen gehad.

In de eerste plaats voor de partijgetuige. Tot 1 april 1988 heeft in het Nederlandse civiele bewijsrecht gegolden dat een partij niet als getuige kon optreden. In het fameuze *Dombo*-arrest⁸ is daar door het EHRM korte metten mee gemaakt; dat voelde de wetgever al in de lucht hangen, zodat daarvóór al in art. 164 Rv is opgenomen dat ook partijen als getuige kunnen optreden.

In de tweede plaats is het van invloed geweest op het partijdebat in cassatie. Onder het oude recht waren partijen na overlegging van hun stukken in cassatie ‘uitgepraat’ en konden zij niet meer reageren op de conclusie van het OM. De Hoge Raad hanteerde als uitgangspunt dat het debat in cassatie in beginsel conform art. 328 (oud) Rv (‘De partijen of hunne verdedigers zullen, onder geen voorwendsel na de conclusiën van het openbaar ministerie, het woord bekomen’) gesloten was.⁹ Mede als gevolg van richtinggevende uitspraken van het EHRM in de *Borgers*-zaak¹⁰ (waarin de onmogelijkheid van de verdachte Borgers om in de Belgische cassatieprocedure nog te reageren op de conclusie van het OM, in strijd werd geacht met art. 6 EVRM, in het bijzonder ‘the rights of the defence and the principle of the equality of arms’) en in de *Vermeulen*-uitspraak¹¹ (waarin de *Borgers*-lijn is doorgetrokken voor burgerlijke zaken) is éérs de Hoge Raad in een drietal arresten¹² omgegaan, waarna de wetgever uiteindelijk in 2001 met de invoering in art. 44 lid 3 Rv van een beperkte, schriftelijke, reactiemogelijkheid op het standpunt van het OM (ofwel niet op elkaars opinie) door de bocht is gegaan.¹³

In de derde plaats heeft het door het EHRM geformuleerde equality of arms-beginsel repercussies gehad op de discussie hier te lande of procespartijen in beginsel altijd recht zouden moeten hebben op een mondelinge behandeling. Het is op dit aspect dat ik iets verder zou willen inzoomen. Ik heb er in mijn boek al het nodige over gezegd en de genuanceerde EHRM-rechtspraak te dien aanzien in beeld gebracht.¹⁴ Giesen vat die rechtspraak als volgt samen:

7 Het EHRM heeft deze regel voor het eerst aangenomen in EHRM 27 juni 1968, serie A, § 22 (*Neumeister*) (strafzaak). Het Hof acht dit beginsel geïncorporeerd in of inherent aan het wijdere begrip ‘fair trial’; zie o.m. EHRM 17 januari 1970, serie A, vol 11, § 28 (*Delcourt*) en EHRM 1986, serie A, vol 99, § 44 (*Feldbrugge*).

8 EHRM 27 oktober 1993, serie A, vol 274, NJ 1994/534, § 33-35 (*Dombo*).

9 Vgl. HR 2 november 1990, NJ 1991/64 en HR 4 oktober 1991, NJ 1991/820.

10 EHRM 30 oktober 1991, serie A, vol 214-b, NJ 1992/73, m.nt. E.A. Alkema (*Borgers*).

11 EHRM 20 februari 1996, 19075/91, Reports 1996-I (*Vermeulen*).

12 Zie HR 28 maart 1997, NJ 1997/581; HR 12 september 1997, NJ 1998/687 en HR 21 november 1997, NJ 1998/164.

13 Zie wet van 14 december 2001, Stb. 623, i.w.tr. 1 januari 2002/*Kamerstukken* 26 855.

14 P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008 (2^e druk), p. 113-115 (§ 3.3.3.2) jo. p. 173-178 (§ 4.3.2.2).

‘Wanneer er ingezoomd wordt op het element van een mondelinge behandeling binnen civiele procedures, lijkt de huidige lijn te zijn dat het EHRM tendeert in de richting van een recht op een mondelinge behandeling in tenminste één instantie, waarbij tevens geldt dat het geschil op het moment van die behandeling nog in volle omvang aan de orde kan worden gesteld. Maar uitzonderingen daarop zijn mogelijk.’¹⁵

De Hoge Raad vertaalt dit als een – niet onbegrensd – recht om standpunten mondeling uiteen te zetten, maar laat daar dan (enigszins tegenstrijdig, lijkt het) op volgen dat het hier ‘een fundamenteel beginsel van burgerlijk procesrecht’ betreft ‘dat is neergelegd in artikel 134 Rv en ook voortvloeit uit art. 6 EVRM’.¹⁶ De KEI-wetgever lijkt die nuances overboord te gooien en maakt de mondelinge behandeling tot ‘het hart’ van de civiele procedure:¹⁷ in art. 30j en 30k Rv is de mondelinge behandeling waarbij partijen worden gehoord door de rechter, zowel in vorderingsprocedures als in verzoekprocedures, net als in kort geding (art. 254 Rv), tot standaardregel verheven. De mondelinge behandeling is aldus het *moment par excellence* waarop het recht op hoor en wederhoor volgens de wetgever gestalte behoort te krijgen.

Ik blijf die onvoorwaardelijke omslag naar het mondelinge element in de basis-procedure bij de burgerlijke rechter onverminderd met wantrouwen aanschouwen. Toen ik iets meer dan een kwart eeuw geleden begon als advocaat-stagiaire in Breda, heb ik zelden een rechter in levenden lijve gezien; een zitting was haast een unicum.¹⁸ Nu moet ik (bij wijze van spreken) mijn advocatenbefje meerdere keren per jaar naar de stomerij brengen, zo vaak wordt er (verplicht) geacteerd in de rechtszaal. Dat kan best wel wat minder, het is, vind ik, soms puur tijdverlies.¹⁹ Al in 1996 was mijn stelling ter zake:

Door de openbaarheid niet vereist, in het kader van het recht op rechterlijk gehoor niet immer noodzakelijk, met het oog op de redelijke termijn niet zelden ongewenst: de civiele procedure is in het licht van de eisen van art. 6 EVRM volstrekt bestaanbaar zonder recht op een mondelinge behandeling.

¹⁵ I. Giesen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht.1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 319, zulks onder verwijzing naar o.m. EHRM 26 juli 2011, 58222/09 (*Juricic/Kroatië*).

¹⁶ HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 70 (MvT).

¹⁸ En dan te bedenken dat ik in een echte procespraktijk zat op een eerbiedwaardig kantoor met een algemene praktijk (Houben op de Baronielaan, voor wie het weten wil).

¹⁹ Belgische toestanden, waar een advocaat in de procespraktijk hele ochtenden op de gang in het gerechtsgebouw doorbrengt vanwege een rolzitting (zo heb ik het ooit in Gent gezien), hebben wij echter nog niet. Laat staan toestanden zoals in Kenia, waar ik enkele jaren geleden was voor de opzet van een elementair rechtsbijstandssysteem voor de allerarmsten, in samenwerking met Tisco uit Tilburg en HiiL uit Den Haag: daar is een rechter nog een echte een dorpsoudste en de rechtsbedeling in het algemeen bedroevend archaïsch.

Ik kom daar maar niet van af, nog steeds niet!²⁰ De toekomst zal uitwijzen of we niet zijn doorgeslagen met zijn allen.

Een laatste kritische noot in dit verband. Tot voor kort gold het recht om een pleidooi te houden als een – in het licht van het recht op hoor en wederhoor – uitiem en nagenoeg onaantastbaar prerogatief van partijen, indien deze meenden nog niet voldoende door de rechter te zijn gehoord. Ons hoogste rechtscollege heeft nog recent in enkele uitspraken uitgemaakt dat partijen in beginsel het recht hebben hun standpunten bij pleidooi toe te lichten en overwogen dat een verzoek om de zaak te mogen bepleiten slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal mogen worden afgewezen.²¹ Deze gevestigde rechtspraak lijkt evenwel met één pennensstreep van de wetgever obsoleet te zijn geworden: het recht op pleidooi is in de nieuwe basisprocedure afgeschaft. De gedachte van de wetgever is immers dat de mondelinge behandeling thans, zoals hierboven al gememoreerd, ‘het hart’ daarvan vormt, waardoor het pleidooi als afzonderlijke processtap in deze opzet niet meer nodig wordt geacht en daarmee geheel kan vervallen.²² Mogelijk dat er hier niettemin een escape bestaat via art. 30k Rv, waarin onder meer is neergelegd dat partijen bij de mondelinge behandeling de gelegenheid krijgen om hun stellingen nader te onderbouwen, en dit artikel voorts (meer algemeen) de concrete invulling van de mondelinge behandeling aan de rechter overlaat – zodat deze in een voorkomend geval desgevraagd wellicht partijen de gelegenheid zou kunnen bieden voor een pleidooi ‘oude stijl’. Het lijkt me dan overigens geen overbodige luxe dat daaromtrent landelijke richtlijnen het licht zouden zien, want voordat je het weet ontstaat er op dat vlak weer – om in de termen van Henk te blijven – regionaal procesrecht;²³ een gevaar dat met de wettelijke institutie van de regierol van de individuele rechter in het nieuwe art. 19 lid 2 Rv uiteraard op de loer ligt.

3. Deelaspecten van het recht op een *impartial tribunal*

Schuilt er – bij wijze van bruggetje naar een ander ‘art. 6 EVRM’-onderwerp – niet ook nog een ander gevaar in die sterkere regierol van de rechter in de nieuwe basisprocedure? Wie de regie in handen heeft, stopt er immers zijn visie, zijn kijk

²⁰ Waarbij ik uiteraard niet uit het oog verlies dat de procedurele rechtvaardigheid en de ‘voice’ in het civiele proces terecht een plaats opeisen (zie daarover o.m. Janneke van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken, Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*, Raad voor de rechtspraak, Research Memoranda nr. 5, jaargang 4, 2008).

²¹ Zie onder meer HR 2 december 2011, NJ 2011/575; HR 27 juni 2012, NJ 2012/76 en 77, alsmede HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2867 en Hof Arnhem 20 november 2012, JBPr 2013/20. Op deze arresten preludeerde reeds HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9038; zie tevens HR 16 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7886.

²² *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 70-71 (MvT).

²³ Snijders/Klaasen/Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 26.

op de zaak, in – en dat brengt per definitie een subjectieve benadering met zich die verkeerd kan uitpakken.²⁴ Kan dat allemaal wel door de beugel in het licht van de door het EHRM in de loop der jaren ontwikkelde doctrine met betrekking tot de waarborg van een *impartial tribunal* in de zin van art. 6 EVRM? In zelfs méér dan een kwart eeuw geleden, namelijk een derde eeuw terug, heeft het EHRM in de zaak *Piersack* het volgende over het beginsel der onpartijdigheid overwogen:

*'Whilst impartiality normally denotes absence of prejudice or bias, its existence or otherwise can, notably under Article 6 paragraph 1 of the Convention, be tested in various ways. A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.'*²⁵

Ons interesseert hier de *subjective approach*, de subjectieve benadering. De maatstaf daarbij is of de persoonlijke instelling van een rechter in een bepaald geval vooringenomen of bevooroordeeld is. De Hoge Raad heeft zulks ongeveer vijftien jaar later ingevuld met het uitgangspunt dat een rechter moet worden vermoed uit hoofde van zijn aanstelling onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor het oordeel dat de rechter met betrekking tot een procespartij vooringenomen is, althans dat de bij een rechtzoekende dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is.²⁶ De processuele houding van de rechter ten opzichte van een der partijen kán daarbij van belang zijn, in het bijzonder als een rechter op drastische of ongebruikelijke wijze afwijkt van de normale (processuele) gang van zaken ten detrimente van een der partijen – blijkt uit een uitspraak van het Europese Hof van wéér circa twaalf-en-een-half jaar later.²⁷

Mijn conclusie is dat een actieve en regisserende zittingsrechter het, gezien bovenstaande (Europese en nationale) rechtspraak in vogelvlucht uit de laatste 35 jaar, het wel heel bont moet maken, wil een 'partijdigheids'claim het in Straatsburg halen. In gelijke mate zal zo'n rechter in het algemeen evenmin snel gewraakt kunnen worden, ook als die ter bespoediging van de zaak (want daar ziet

24 In geheel ander verband heb ik dat nog ervaren in de Haagse schouwburg waar ik de première van het toneelstuk *De Revisor* van Gogol bijwoonde. Regisseur Theu Boermans bewerkte deze oude Russische komedie – 'drastisch en met onherstelbare gevolgen', zoals Vincent Kouters in zijn onverbiddelijke recensie in *De Volkskrant* van 18 januari 2016 terecht opmerkte. Ter vergelijking: de recensie van Kester Freriks in het *NRC* van diezelfde dag was veel lovender. Het stuk kreeg maar liefst vier sterren; één was volgens mij nog te veel geweest. Maar dit allemaal volledig terzijde, want een toneelstuk is nog geen zitting (en omgekeerd).

25 EHRM 1 oktober 1982, serie A, vol 53 (*Piersack*).

26 HR 18 november 1997, *NJ* 1998/244.

27 EHRM 4 april 2000, 30342/96 (*Academy Trading Ltd*).

art. 19 lid 2 Rv mede – of beter: juist – op)²⁸ een voorlopig oordeel geeft over het geschil. Zo is in dit verband een uittaling als ‘U heeft wel een erg zwakke zaak; als ik tot een vonnis moet komen, zou ik u veroordelen’ terecht onvoldoende geacht om de betreffende rechter te wraken.²⁹

Niettemin is het aantal wrakingsverzoeken in de afgelopen jaren behoorlijk gestegen. Die toegenomen wrakingstendens (of het nu het straf-, het bestuurs-, of het burgerlijk procesrecht betreft) heeft bij de Raad voor de rechtspraak geleid tot de vraag of wrakingsverzoeken in Nederland op een meer adequate en efficiënte manier zouden kunnen worden afgewikkeld. Te dien einde zijn in 2012 zowel een juridisch-inhoudelijk als een empirisch onderzoek naar de mogelijkheden tot herziening van de Nederlandse wrakingsprocedure in de volle breedte (ofwel op alle genoemde rechtsgebieden) verricht.³⁰ Vooralsnog heeft de Raad naar aanleiding van deze onderzoeken geen dwingende aanleiding gezien voor aanpassing van de wettelijke regeling van de wrakingsprocedure. Ik heb al eerder geventileerd dat ik dat een gemiste kans vind.³¹ Om de ‘krent uit de pap’ van mijn kritiek ter zake te halen: juist van het automatisme van schorsing van de zaak bij indiening van een wrakingsverzoek (art. 37 lid 5 Rv) zou m.i. afgestapt moeten worden, zeker nu de zitting in de civiele procedure in het nieuwe procesrecht steeds belangrijker wordt. Die zitting (en de voortgang daarvan) mag niet al te gemakkelijk gefrustreerd worden door wrakingsincidenten – óók niet in het licht van art. 6 EVRM en art. 20 Rv dat een plicht oplegt tot beëindiging van procedures binnen een redelijke termijn c.q. tot rechterlijke bewaking tegen onredelijke vertraging van de procedure.

4. Deelaspecten van het recht op *access to justice*

Maakte ik bij de vorige paragraaf gebruik van een bruggetje, thans maak ik een hink-stap-sprong ‘over’ de redelijke termijn en de openbaarheid ‘heen’ om te eindigen waar men normaal gesproken begint: de toegang (tot de rechter). Als er één onderwerp is dat de afgelopen kwart eeuw (wat zeg ik: de afgelopen halve eeuw) ontwikkelingen heeft doorgemaakt, dan is het wel dit – aanvankelijk niet eens in

²⁸ In de MvT bij art. 19 lid 2 Rv is immers te lezen: ‘De rechter heeft in de nieuwe basisprocedure een sterkere regierol gekregen ten aanzien van het verloop van de procedure. Het is wenselijk dat de verantwoordelijkheid van de rechter voor een voorspoedig verloop van de procedure ook expliciet wordt neergelegd in de wet (*Kamerstukken II 2014-15*, 34 059, nr. 3, p. 58 (MvT)).’

²⁹ Rb. Amsterdam 10 februari 2009, *NJF* 2009/151.

³⁰ Het betreft hier de onderzoeken van I. Giesen e.a., *De wrakingsprocedure – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden tot herziening van de Nederlandse wrakingsprocedure*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak, juli 2012, en van W. van Rossum e.a., *Wraking bottom-up – Een empirisch onderzoek*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak, december 2012.

³¹ Zie mijn artikel ‘Waar wringt het bij de wraking, Over de voorgestelde vernieuwingen in de wrakingsprocedure’, *TCR* 2014, p. 21-26.

art. 6 EVRM opgenomen, maar eruit afgeleide – fundamentele recht. *Golder*³² en *Airey*³³ zijn hier de vuurtorens geweest die de rechtzoekende in veilige haven brachten, maar het blijft sindsdien onverminderd moeilijk om aan te leggen. Een constante in de Straatsburgse rechtspraak blijft dat het recht op toegang tot de rechter niet in zijn kern mag worden aangetast. Een sprekend voorbeeld is wat dat betreft nog altijd die arme meneer Kreuz die zo'n beetje een gemiddeld Pools jaarsalaris moest neerleggen aan griffierechten om te kunnen ageren tegen de gemeentelijke weigering van een vergunning voor het opzetten van een auto-wasserij.³⁴ Maar waar ligt de grens om in te grijpen? Dat is altijd weer de vraag bij dit soort open normen en die geven vaak de aanzet tot politiekachtige uitspraken, of het nu het *materiële* burgerlijk recht betreft³⁵ of het *formele* burgerlijk recht (dat wil zeggen het procesrecht).

Voor het burgerlijk procesrecht is de toegangsdiscussie ter zake in Nederland niet zelden een centenkwestie, variërend van 'drempelverhoging aan de poort'³⁶ tot 'heffing aan de poort'. De Hoge Raad probeert bij die laatste categorie in menig geval de boel dan te redden door een ruimhartige toepassing van art. 127a Rv (resp. 282a Rv in geval van verzoekprocedures). Het moet de wetgever toegegeven worden dat hij met de formulering van de hardheidsclausule in laatstgenoemde artikelen wel heeft willen meedenken met de rechtzoekende: betaalt die niet tijdig het – soms forse – griffierecht, dan kan hij gesauveerd worden voor zover de rechter van oordeel is dat het hakbijlgevolg daarvan volgens art. 127a/282a lid 2 Rv (ontslag van instantie van verweerder c.q. niet-ontvankelijkheid van verzoeker) 'gelet op het belang van één of meer partijen bij toegang tot de rechter, zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard' (art. 127a lid 3/art. 282a lid 4 Rv).³⁷ Bij dit alles dient als Europese leidraad de uitspraak van het EHRM 10 januari 2006, 48140/99 (*Teltronic-CATV/Polen*), waarin het Europees Hof overweegt:

'Furthermore, the Court considers that restrictions on access to a court which are of a purely financial nature and which, in the present case, are completely unrelated to the

32 EHRM 21 februari 1975, serie A, vol 18 (*Golder*).

33 EHRM 9 oktober 1979, serie A, vol 32 (*Airey*).

34 EHRM 19 juni 2001, 28249/95, Reports 2001-VI, *NJB* 2001, p. 1574 (*Kreuz*).

35 Zo proberen Van Gestel en Loth daarop, naar aanleiding van de zeer politiek geladen *Urgenda*-uitspraak d.d. 24 juni 2015 van de Haagse voorzieningenrechter (ECLI:NL:RBDHA:2015:7145), greep te krijgen door het criterium aan te leggen 'of hier voor de rechter voldoende reden was om te menen dat zijn interventie vereist was'; zie R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015, p. 2598-2605, gevolgd door een reactie van L. Bergkamp, 'Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat', en het naschrift 'Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde' van de auteurs in *NJB* 2016, p. 193-195.

36 Waarover onder meer L. Coenraad & I. Giesen in *NJB* 2012, p. 1026-1027.

37 Een geval waarin dat niet opging, betrof HR 27 januari 2012, *JBPr* 2012/37, m.nt. P. Smits. Maar als men eenmaal in een procedure (in hoger beroep) beland is en er zelfs al een zitting heeft plaatsgevonden, kan men de deur daarna wegens ontijdige betaling van het griffierecht niet meer sluiten; zie HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3630.

merits of the claim or its prospects of success, should be subject to a particularly rigorous scrutiny from the point of view of the interests of justice (...).'

De toegang tot het recht is hoe dan ook een *never ending story*, ook als het niet om de centen gaat. In het nieuwe burgerlijk procesrecht wil men wat dat aangaat met zijn tijd mee: digitalisering is daarbij absoluut het 'buzz'woord.³⁸ Of die digitalisering de toegang tot de burgerlijke procedure al te zeer zal verkokeren of juist zal vergemakkelijken, staat nog in de sterren. Maar inderdaad lijkt het me op zich goed het papieren tijdperk zoveel mogelijk definitief achter ons te laten.

5. Een nieuw tijdperk

Een nieuw tijdperk treedt kortom aan – en dat geldt in het bijzonder voor jou, Henk. Het is de *kunst* om daarbij het goede uit het verleden te behouden, liefst met een terugblik uit voldoening (op al het juridische dat jij daarbij in een zeer werkzaam leven verstouwd hebt), maar tegelijkertijd open te staan voor wat er komen gaat. Dat lijkt me aan jou wel toevertrouwd met je brede culturele – en vooral muzikale – interesse,³⁹ terwijl ik hiervoor ook al de poëzie, de wijn en het theater liet voorbijtrekken... maar je mag nog best een juridisch boek openslaan of een grondige juridische analyse ten beste geven, hoor.

Het hoogste goed is evenwel toch om een levenskunstenaar te zijn. Daarom zou ik met een knipoog naar La Fontaine willen zeggen:

Aan 't levenswerk kent gij den Kunstenaar – A l'oeuvre d'une vie on connaît l'artisan.

Je hebt dus nog het nodige te doen, want dat werk is nooit af.

³⁸ Digitaal en eenvoudig procederen is één van de speerpunten van het nieuwe procesrecht volgens de KEI-wetgever (*Kamerstukken II 2014-2015*, 34 059, nr. 3, p. 7-9 (MvT)).

³⁹ In dat verband hoor ik graag nog wat je vindt van het boek *This is your brain on music* van Daniel Levitin dat ik je een paar jaar terug gegeven heb. Misschien dat je daar nu aan gaat toekomen.

Fixatiebeginsel en partijautonomie

Jurian Snijders¹

I. Inleiding

Toen ik bijna een kwart eeuw oud was schreef ik, in Leiden, mijn scriptie over het overwaarde-arrangement. Mijn vader mocht mijn scriptie absoluut niet lezen voordat mijn bul was uitgereikt, zo principieel was ik. Zo voelt het nu ook een beetje. Mijn vader mag deze bijdrage niet lezen, sterker hij mag zelfs niet weten dat ik eraan werk, voordat dit liber amicorum aan hem is uitgereikt. Ik onderzocht destijds of het overwaarde-arrangement faillissementsbestendig was, onder begeleiding van Margreet de Boer. Zij gaf mij twee opdrachten mee: (i) heb een andere mening dan jouw vader; en (ii) zorg dat de scriptie niet langer is dan 25 bladzijden. Alleen de laatste opdracht heb ik volbracht: de scriptie telde 24 bladzijden.

Het overwaarde-arrangement is een constructie waarbij de ene financier in geval van overwaarde meelift op de zekerheden van een andere financier en eventueel vice versa (in welk geval het ook wel een wederzijds zekerhedenarrangement wordt genoemd). Het overwaarde-arrangement werkt ongeveer als volgt. Een schuldenaar heeft twee financiers, financier A en financier B. Financier A heeft een pandrecht op alle handelsvorderingen van schuldenaar. Financier B heeft een pandrecht op alle voorraad. In geval van verzuim mogen financier A en financier B overgaan tot uitwinning van de zekerheden. Er kan zich een situatie voordoen dat de zekerheden van financier A ontoereikend zijn voor voldoening van zijn volledige vordering. In dat geval kan financier A geen gebruik maken van de zekerheden van B in geval van een overwaarde. Alleen de handelsdebiteuren strekken immers tot zekerheid voor financier A en een overwaarde op de zekerheden van financier B, alle voorraden, komt toe aan de schuldenaar (of de boedel) op grond van het bepaalde in art. 3:253 BW. Om toch te bereiken dat financier A niet met een onvoldane vordering blijft zitten, kunnen financier A en financier B een overwaarde-arrangement sluiten. Daarin stelt financier B zich borg voor de restvordering van A tot een bedrag maximaal de overwaarde van de zekerheden van B na uitwinning (en eventueel vice versa). Het overwaarde-arrangement tracht te bewerkstelligen dat de regresvordering die financier B als borg verkrijgt na betaling aan A na uitwinning van de zekerheden op de overwaarde kan worden verhaald. De rechtsvraag die centraal staat bij de vraag of een overwaarde-arrangement faillissementsbestendig is, is of een pand- of hypotheekhouder zich mag verhalen op de ten gunste van zijn

¹ Mr. J.L. Snijders is advocaat bij FIZ advocaten en PhD-kandidaat aan de Universiteit van Tilburg.

voor datum faillissement gevestigde zekerheden voor die regresvordering; meer in het bijzonder of het fixatiebeginsel aan verhaal voor een dergelijke vordering in de weg staat.

Nagenoeg een kwart eeuw geleden schreef mijn vader een annotatie onder het arrest *Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*² Uit dat arrest zou kunnen worden afgeleid dat de borg al voorafgaande aan zijn betaling aan de schuldeiser een vordering onder opschortende voorwaarde heeft op de hoofdschuldenaar. Mijn vader vond echter dat de constructie van een vordering onder de opschortende voorwaarde te gekunsteld was en deze diende volgens hem, zolang door de borg nog niet is betaald, als toekomstig te worden aangemerkt. Een dergelijke vordering zou volgens mijn vader echter wel met een soepele uitleg van art. 53 Fw in faillissement voor verrekening vatbaar zijn, indien zowel de tegenvordering als de regresvordering is ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeit uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht uit een bestaande rechtsverhouding. Aan te nemen valt dat de verhaalsvordering van de borg veelal indirect voortvloeit uit de oorspronkelijke toezegging van hem aan de hoofdschuldenaar om borg te staan. Indien de borgtocht anders dan op grondslag van zo'n toezegging wordt aangegaan of zelfs zonder medeweten van de hoofdschuldenaar, dan lijkt minder aanleiding voor het recht op verrekening te bestaan, aldus mijn vader toen. In mijn scriptie concludeerde ik dat het overwaarde-arrangement faillissementsbestendig was. Ik kwalificeerde in navolging van mijn vader de regresvordering als toekomstig, maar ingeval de regresvordering uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeide, kon de borg voor die vordering verhaal nemen op de zekerheden. De grondslag van deze redenering lag mijns inziens in art. 132 Fw lid 2 Fw jo. art. 483e Rv en in art. 53 Fw.

Nagenoeg een kwart eeuw na mijn vaders annotatie oordeelt de Hoge Raad kort gezegd dat het overwaarde-arrangement, ook zonder nadere afspraken, faillissementsbestendig is, mits de regresvordering voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding.³ De enkele in art. 7:865 BW bedoelde rechtsverhouding hoofdschuldenaar-borg kan naar het oordeel van de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding in de hiervoor bedoelde zin waaruit het regresrecht van de borg voortvloeit. Een rechtsverhouding in de zojuist bedoelde zin ontstaat wel als de hoofdschuldenaar partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (oftewel het overwaarde-arrangement). De Hoge Raad oordeelt voorts dat naast de mogelijkheid van verhaal voor een wettelijke regresvordering, het mogelijk is een contractuele regresvordering te creëren die niet pas ontstaat na betaling door de borg, maar al bij het aangaan van het overwaarde-arrangement onder de opschortende voorwaarde van betaling. Dat is een interessante overweging. Kennelijk staat het partijen vrij naast de wettelijke regresvordering een contractuele regresvordering in het leven te roepen en zodanig vorm te geven dat

² HR 3 juni 1994, NJ 1995/340, m.nt. H.J. Snijders (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*).

³ HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2016/20, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*).

een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde wordt gecreëerd.⁴ De overweging roept de vraag op of het in de macht van partijen ligt om een vordering die zonder nadere partijafpraak als toekomstig wordt aangemerkt door partijafpraak als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde kan worden aangemerkt. Staat het partijen vrij om in alle gevallen dergelijke afspraken te maken of wordt die contractsvrijheid tot op zekere hoogte beperkt? Dat is de vraag die centraal staat in deze bijdrage.

In deze bijdrage zal ik eerst ingaan op de betekenis en de reikwijdte van het fixatiebeginsel. Daarna zal ik ingaan op de vraag of het partijen in alle gevallen vrijstaat afspraken te maken over het ontstaansmoment van een vordering.

2. Het fixatiebeginsel

Een belangrijk beginsel in het faillissementsrecht is het fixatiebeginsel. Omdat er tussen het moment van de faillietverklaring en het moment van de tegeldemaking van het vermogen – uitdeling aan de boedelschuldeisers en aan de erkende geverifieerde schuldeisers – de nodige tijd verstrijkt, is de afwikkeling van het faillissement niet mogelijk zonder enige vorm van fixatie. Dit wordt gerealiseerd door toepassing van het fixatiebeginsel.⁵

Het fixatiebeginsel houdt – kort gezegd – in dat de schuldenaar door het faillissement zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid verliest (het eerste aspect), terwijl bovendien de positie van alle bij de boedel betrokkenen in beginsel geen verandering meer kan ondergaan (het tweede aspect).

3. Fixatie van het actief

Het eerste aspect van het fixatiebeginsel probeert te waarborgen dat het actieve vermogen van de schuldenaar intact blijft: *fixatie van het actief*. Dit volgt onder andere uit art. 23 Fw (de failliet verliest op het moment van faillietverklaring de beschikking en het beheer over zijn vermogen) en 35 Fw (leveringen kunnen niet meer worden voltooid na faillissement (lid 1); bij voorbaat geleverde toekomstige goederen vallen in de boedel (lid 2)).

4 In het arrest *Bannenberg q.q./NMB Heller* (HR 9 juli 2004, NJ 2004/618, m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2004/222, m.nt. J.J. van Hees) zijn overigens geen aanwijzingen van de Hoge Raad te vinden dat destijds sprake was van een contractuele regresvordering die door partijen als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde was vormgegeven. Vgl. Faber en Vermunt in hun annotatie onder het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*, HR 16 oktober 2015, JOR 2016/20.

5 Vgl. C. Rijckenberg, 'Fixatie en schuldeisers', in: I. Spinath e.a., *Curator en Crediteuren* (Insolad Jaarboek 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 132.

Een overdracht respectievelijk verpanding bij voorbaat heeft niet tot gevolg dat op dat moment de overdracht respectievelijk verpanding reeds plaatsvindt. De overdracht respectievelijk verpanding geschiedt eerst op het ogenblik dat de vervreemder respectievelijk pandgever beschikkingsbevoegd wordt. Pas dan is immers aan alle vereisten voor overdracht respectievelijk verpanding voldaan. Het goed wordt derhalve pas overgedragen respectievelijk verpand op het moment dat de vervreemder respectievelijk pandgever rechthebbende wordt van het goed. Is deze intussen in staat van faillissement verklaard, dan kan de vervreemding respectievelijk de bezwaring, wegens het bepaalde in art. 23 en 35 lid 2 Fw, niet tegen de boedel worden ingeroepen. Ten aanzien van zaken betekent dit dat de vervreemder respectievelijk pandgever vóór het moment van faillietverklaring eigenaar van de te vervreemden respectievelijk verpanden zaak moet zijn. Ten aanzien van vorderingen bepaalt het ontstaansmoment van de vordering of een vervreemding respectievelijk bezwaring tegen de boedel kan worden ingeroepen.

In het arrest *Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*⁶ overweegt de Hoge Raad dat het overdragen van de 'eigendom' van de vordering slechts dan kan, wanneer de vordering al bestaat, met dien verstande dat een vordering 'bestaat' als deze een onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur van de vordering. Vanaf het arrest *Curatoren Solleveld II*⁷ vaart de Hoge Raad een andere koers. Uit de jurisprudentie sindsdien over cessie en verpanding van vorderingen valt af te leiden dat het enkele feit dat een vordering haar onmiddellijke grondslag vindt in een vóór de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, nog niet met zich brengt dat deze vordering op het moment van de faillietverklaring reeds bestaat. Zo valt bijvoorbeeld uit het arrest *WUH/Emmerig q.q.*⁸ af te leiden dat huurvorderingen – voor zover deze betrekking hebben op een nog niet verrichte tegenprestatie (huurgelot) – als toekomstig worden aangemerkt. Cessie of verpanding van dergelijke huurvorderingen werkt dus over de periode vanaf datum faillissement niet meer tegen de boedel. Volgens Wuisman was er in de jaren '80 van de vorige eeuw de rechtspolitieke wens om tot een evenwichtigere verdeling van de verhaalsmogelijkheden tussen separatisten en niet separatisten in een faillissementssituatie te komen.⁹ Door voor het ontstaan van vorderingsrechten een later tijdstip aan te houden (vergelijk het *Curatoren Solleveld II*-arrest en het *SOS/ABN (Viskottter Leon)*-arrest¹⁰) en zo meer vorderingsrechten als toekomstig aan te merken, zou met behulp van de in art. 35 lid 2 Fw voorziene bepaling ten faveure van de niet separatisten (de gezamenlijke schuldeisers) kunnen worden bewerkstelligd dat meer actief in de faillissementsboedel terecht komt.

6 HR 29 december 1933, NJ 1934/343, m.nt. P. Scholten (*Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*).

7 HR 24 oktober 1980, NJ 1981/265, m.nt. W.M. Kleijn (*Curatoren Solleveld II*).

8 HR 30 januari 1987, NJ 1987/530, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*WUH/Emmerig q.q.*).

9 A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 10 december 2010, NJ 2010/653; JOR 2011/63, m.nt. B. A. Schuijling (*INC/Nederend q.q.*).

10 HR 26 maart 1982, NJ 1982/615, m.nt. W.M. Kleijn (*SOS/ABN (Viskottter Leon)*).

4. Fixatie van het passief

De fixatie van het passief, het tweede aspect van het fixatiebeginsel, beoogt te waarborgen dat in beginsel slechts diegenen in het faillissement kunnen opkomen, die op het moment van de faillietverklaring schuldeiser zijn en wel voor het bedrag dat zij op dat moment te vorderen hebben. Dit aspect van het fixatiebeginsel is onder meer neergelegd in art. 24 Fw (de boedel is niet gebonden aan verbintenissen ontstaan na datum faillissement, tenzij de boedel is gebaat) en art. 129-131 Fw (verificatiebepalingen). Uit dit aspect van het fixatiebeginsel vloeit het onderscheid tussen niet-verifieerbare schulden en faillissementsschulden voort.¹¹ Tot aan het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*¹² leek als gevolg van het fixatiebeginsel de regel te zijn dat na faillietverklaring ontstane vorderingen – ongeacht of die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding – zich niet voor verificatie lenen. Op die regel waren enige uitzonderingen mogelijk.¹³

De Hoge Raad overweegt echter in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*:

‘Vorderingen die een boedelschuld opleveren, moeten worden onderscheiden van vorderingen op de schuldenaar, met het oog op de voldoening waarvan de vereffening van de boedel plaatsvindt. Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op een van de hiervoor in 3.7.1 vermelde gronden, behoren tot bedoelde vorderingen op de schuldenaar, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan, zoals onder meer blijkt uit art. 37 en 37a Fw en de op art. 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409).’

Uit deze overweging lijkt te volgen dat de Hoge Raad niet (langer) hetzelfde fixatiemoment aanhoudt voor de fixatie van het actief en voor de fixatie van het passief. De Hoge Raad lijkt een minder rigide uitleg te hanteren ter zake van de fixatie van het passief.¹⁴ Vorderingen die op het moment van faillietverklaring nog niet bestonden maar gedurende het faillissement zijn ontstaan en voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding lenen zich kennelijk naar het oordeel van de Hoge Raad voor verificatie, terwijl cessie of verpanding van dergelijke vorderingen niet tegen de boedel kan werken.

¹¹ Zie G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: Tjeenk-Willink 1997, p. 14.

¹² HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

¹³ Zo volgt bijv. uit art. 136 lid 2 Fw dat een hoofdelijk verbonden schuldenaar ook ter zake van regresvordering die hij pas tijdens het faillissement van een mede-schuldenaar heeft verkregen in het faillissement kan worden toegelaten.

¹⁴ Het valt niet geheel uit te sluiten dat de Hoge Raad in het onderhavige geval de schadevergoedingsplicht van de curator als faillissementsschuld aanmerkte als tegemoetkoming voor het feit dat de vordering niet als boedelschuld wordt aangemerkt, terwijl op basis van het daarvoor geldende ‘toedoenscriterium’ de vordering wel als boedelschuld zou worden aangemerkt.

Voor de vraag of een vordering zich voor verificatie leent, lijkt het onderscheid tussen bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een voor de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding derhalve geen rol meer te spelen. De rechtvaardiging hiervan zou gelegen kunnen zijn in het feit dat een schuldvordering, ook al is deze in juridisch opzicht nog niet volwaardig, naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven, op datum van faillietverklaring reeds een bepaalde waarde vertegenwoordigt. Wanneer dat het geval is, is een dergelijke schuldvordering op datum faillissement latent aanwezig. Het toelaten van dergelijke schuldvorderingen leidt zo gezien op zichzelf niet tot een (plotseling) verslechterde positie van de schuldeisers die ten tijde van het faillissement wel een volwaardige vordering hebben.¹⁵

Het fixatiebeginsel speelt mijns inziens ook na het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* nog steeds een rol voor de vraag voor welk bedrag een vordering kan worden geverifieerd. Voor bestaande vorderingen onder de opschortende voorwaarde is dit specifiek geregeld in art. 130 Fw. De vordering onder opschortende voorwaarde kan onvoorwaardelijk worden geverifieerd voor de geschatte waarde van de vordering op het moment van faillietverklaring (lid 1). Dit houdt in dat de vordering dient te worden teruggebracht tot haar contante waarde per faillissementsdatum. Het faillissement fixeert de vordering op die waarde. Wellicht moet een dergelijke regeling ook gelden voor toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding. Ik zou menen dat bij de toepassing van dit artikel niet te veel belang moet worden gehecht aan het onderscheid tussen bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, temeer omdat de grens tussen bestaande en toekomstige vorderingen ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet anders werd getrokken.¹⁶ Voor de vraag of een vordering zich voor verificatie leent, zou dus uiteindelijk van belang moeten zijn of er op datum faillissement sprake is van een vordering die naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven een bepaalde waarde heeft.¹⁷ Voor zover een dergelijke vordering juridisch nog niet volwaardig is op het moment van faillietverklaring, dient de vordering vervolgens op de voet van art. 130 Fw te worden geverifieerd.

¹⁵ Vgl. Boekraad 1997, p. 30 en 54.

¹⁶ In onder andere het *Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*-arrest (HR 29 december 1933, *NJ* 1934/343, m.nt. P. Scholten) overwoog de Hoge Raad nog dat een vordering reeds bestaat als deze een onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur van de vordering. Het lijkt aannemelijk dat de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet van dezelfde gedachte is uitgegaan. Vgl. N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 450.

¹⁷ Voor voorbeelden waaruit kan blijken dat een schuldvordering naar bedrijfseconomische maatstaven waarde heeft, verwijst ik naar de dissertatie van Boekraad 1997, vanaf p. 54.

Uit het vorenstaande kan de conclusie worden getrokken dat voor de vraag of een vordering zich voor verificatie leent het criterium van het ontstaansmoment van een vordering niet (meer) leidend is.

5. Verhaal door pand- of hypotheekhouder voor toekomstige vorderingen en het fixatiebeginsel

Met de vaststelling welke hoofdregels gelden voor de fixatie van het actief en de fixatie van het passief is men er nog niet.¹⁸ Er zijn vele andere vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen een schuldenaar en schuldeiser waarbij het fixatiebeginsel na faillietverklaring van de schuldenaar een rol speelt. Zo is het de vraag voor welke vorderingen een pand- of hypotheekhouder zich kan verhalen op door de failliet ten gunste van de pand- of hypotheekhouder gevestigde zekerheden. Of anders gesteld, staat het fixatiebeginsel eraan in de weg dat een pand- of hypotheekhouder voor vorderingen die na de faillietverklaring zijn ontstaan verhaal neemt onder de pand- of hypotheekrechten? De hier opgeworpen vraag is in de literatuur veel besproken.¹⁹

Tot aan het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* had de Hoge Raad zich nog niet expliciet over deze vraag uitgelaten.²⁰ Om voornoemd arrest beter te plaatsen, besteed ik eerst aandacht aan de arresten *Bannenberg q.q./NMB Heller*²¹ en *ASR/Achmea*²², die de opmaat vormen naar *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*

De Hoge Raad heeft in het *Bannenberg q.q./NMB Heller*-arrest voor de eerste keer het overwaarde-arrangement getoetst. Het ging in dit geding in de kern om het volgende. NMB Heller, ING en ICT hebben vóór de faillietverklaring van ICT een meerpartijenovereenkomst gesloten. NMB heeft een voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING op zich genomen ten belope van – kort gezegd – het bedrag dat ING nog van ICT te vorderen heeft, met dien verstande dat deze verplichting is gemaximeerd tot het totaal van de door ICT aan NMB Heller verschafte, maar voor voldoening van de eigen vorderingen van NMB op ICT niet noodzakelijke, zekerheden. In samenhang daarmee heeft ICT zich jegens NMB Heller verbonden

¹⁸ Zie J.J. van Hees, 'Het fixatiebeginsel in faillissement', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. P. van Schilfgaarde* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer 2000, p. 131.

¹⁹ Zie onder meer: Van Hees, a.w., Faber, a.w., nr. 427 e.v.; M.H.E. Rongen, 'De trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, serie Onderneming en Recht, deel 17, Deventer 1999, p. 330-346 en M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, nr. 1124.

²⁰ Het arrest *ABN AMRO/Favini q.q.* (HR 14 juni 2013, *NJ* 2013/421, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2013/264, m.nt. N.E.D. Faber, was de uitgelegene mogelijkheid om hierover te beslissen). De kwestie kwam echter niet aan de orde, omdat het cassatiemiddel zich hiertoe niet strekte.

²¹ HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/618, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2004/222, m.nt. J.J. van Hees (*Bannenberg q.q./NMB Heller*).

²² HR 6 april 2012, *JOR* 2014/172, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*ASR/Achmea*).

om, indien en voor zover NMB Heller aan haar zojuist bedoelde voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING voldoet, deze bedragen aan NMB Heller terug te betalen. In de overeenkomst tussen partijen wordt in dit verband gesproken van een 'regresvordering' van NMB Heller op ICT. In cassatie ging het om de vraag of NMB Heller, naast haar 'eigen' vorderingen, ook haar regresvordering op ICT op de aan haar verstrekte zekerheden mag verhalen. Naar het oordeel van de Hoge Raad bestond de regresvordering (met verwijzing naar het arrest *Joral/Van de Stalt*²³ en *Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*²⁴) ten tijde van het faillissement reeds voorwaardelijk en kwam de constructie van het overwaarde-arrangement noch naar de inhoud noch naar de strekking daarvan in strijd met enige beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht en meer in het bijzonder het fixatiebeginsel. Uit het arrest werd door een aantal auteurs afgeleid dat de Hoge Raad de regresvordering als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde kwalificeert. Reeds om die reden zou het fixatiebeginsel aan verhaal voor een dergelijke vordering niet in de weg staan.

Na het arrest *ASR/Achmea* was in de financieringspraktijk wederom onduidelijkheid ontstaan over de vraag of het overwaarde-arrangement wel faillissementsbestendig was. De Hoge Raad heeft in het *ASR/Achmea*-arrest namelijk geoordeeld: '*Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995/340, HR 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002/393, en HR 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.*' Het was na dit arrest onduidelijk of de Hoge Raad was teruggekomen op het oordeel in het *Bannenberg q.q./NMB Heller*-arrest waarin het erop leek dat hij de regresvordering als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde had aangemerkt. Indien de Hoge Raad inderdaad terugkwam op het oordeel dat de regresvordering als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde moest worden aangemerkt en derhalve vanaf het arrest *ASR/Achmea* zou gelden dat een dergelijke regresvordering als een toekomstige vordering moet worden aangemerkt, kon het zo zijn dat het fixatiebeginsel met zich brengt dat de borg geen verhaal kan nemen onder zijn zekerheden voor de regresvordering die na het moment van faillietverklaring ontstaat.

De Hoge Raad heeft vervolgens eind 2015 weer twee uitspraken gedaan over de houdbaarheid van het overwaarde-arrangement. In *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*²⁵ stelde de rechtbank prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, in *Ingwersen q.q./ING*²⁶ besliste de rechtbank in het voordeel van de borg, waarna sprongcassatie werd ingesteld.

23 HR 3 mei 2002, NJ 2002/393, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Joral/Van der Stalt*).

24 HR 3 juni 1994, NJ 1995/340, m.nt. H.J. Snijders (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*).

25 HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2016/20, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*).

26 HR 16 oktober 2015, NJ 2016/49, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2016/21, m.nt. J.J. van Hees (*Ingwersen q.q./ING*).

In het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* overweegt de Hoge Raad:

‘Uit art. 132 lid 2 Fw in verbinding met art. 483e Rv volgt dat een pandhouder zich op de verpande goederen kan verhalen voor vorderingen op de schuldenaar-pandgever die ten tijde van diens faillietverklaring nog toekomstig waren, mits die vorderingen voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding.

Deze regel spoort met het wettelijk stelsel voor verrekening in faillissement. Volgens art. 53 Fw kan immers een vordering op de gefailleerde verrekend worden met een schuld aan hem, indien vordering en schuld zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Voor dit laatste volstaat dat de vordering of schuld voortvloeit uit een vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde (vgl. onder meer HR 26 maart 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD8095, NJ 1977/612).’

Uit de overweging volgt dat een pandhouder tijdens het faillissement kan opkomen voor vorderingen die tijdens het faillissement zijn ontstaan, maar voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding.²⁷ De grondslag van deze redenering ligt, aldus de Hoge Raad, in art. 132 lid 2 Fw jo. art. 483 e Rv en strookt met het wettelijke stelsel van verrekening in de Faillissementswet.²⁸

De parallel die wordt getrokken met verrekening ligt voor de hand.²⁹ De positie van een schuldeiser die zich op verrekening kan beroepen, verschilt niet wezenlijk van

²⁷ De vraag of de onderhavige vordering als bestaand of toekomstig moet worden aangemerkt is door de rechtbank niet aan de Hoge Raad voorgelegd. De prejudiciële vragen nemen als uitgangspunt dat sprake is van (eventueel) verhaal voor een bij aanvang van het faillissement toekomstige (en dus niet een reeds bestaande, doch voorwaardelijke) regresvordering van de borg tevens pandhouder. Dat een pandhouder staande het faillissement verhaal kan nemen op de opbrengst van de uitwinning voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van de faillietverklaring van de pandgever, mits die vordering voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde is recent door de Hoge Raad bevestigd in HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665. Uit dit arrest volgt dat deze regel ook geldt indien een verhuurder een pandrecht van zijn huurder heeft bedongen tot zekerheid van betaling van toekomstige huurpenningen. Dat de huurvordering na het faillissement een boedelvordering is, maakt het vorenstaande niet anders.

²⁸ Art. 53 Fw spreekt over ‘voortvloeiend uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht’. Overigens dient het onderscheid tussen ‘voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding’ en ‘voortvloeiend uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht’ niet te worden overtrokken. Vgl. Faber en Vermunt in hun annotatie onder het arrest (*JOR* 2016/20).

²⁹ Wat overigens opvalt is dat de Hoge Raad niet verwijst naar bovengenoemd arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad) waarin de Hoge Raad overweegt dat vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding voor verificatie vatbaar zijn, temeer nu A-C Timmerman expliciet verwijst naar dit arrest en volgens hem het moeilijk voorstelbaar is dat voor vorderingen die voor verificatie vatbaar zijn geen verhaal zou kunnen worden genomen op grond van een daartoe gevestigd pandrecht of hypotheekrecht.

de positie van de pandhouder die verhaal wil nemen voor een vordering indien de schuldenaar in staat van faillissement verkeert. Ook een beroep op verrekening brengt met zich dat de schuldeiser zich kan onttrekken aan de afwikkeling van het faillissement, zich feitelijk met voorrang kan verhalen op actief, niet betrokken wordt in de omslag van de algemene faillissementskosten en hooguit de restantvordering moet indienen ter verificatie.³⁰

De vraag voor welk bedrag verhaal voor desbetreffende vordering kan worden genomen, komt in dit arrest niet aan de orde.³¹ Het valt niet uit te sluiten dat de Hoge Raad van oordeel is dat verhaal voor de volledige nominale waarde van de vordering op datum van uitwinning kan. In geval van verrekening wordt het bedrag waarvoor de vordering in verrekening kan worden gebracht bepaald met inachtneming van de regels die ook bij verificatie van de vordering zouden gelden.³² Immers, art. 130 en 131 Fw zijn op grond van art. 53 lid 2 Fw van overeenkomstige toepassing op verrekening. Dit zou betekenen dat de vordering (ongeacht het ontstaansmoment van de vordering, zie hierboven) tot de waarde op datum faillissement zou moeten worden teruggebracht. Hetzelfde zou naar mijn mening moeten gelden voor uitwinning van zekerheden voor de voldoening van de desbetreffende vordering.

De toekomstige vordering, die voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding waarvoor verhaal wordt genomen, dient mijns inziens te worden gewaardeerd op grond van het bepaalde in art. 130 of art. 132 lid 2 jo. art. 483e Fw. Anders gezegd, de vordering dient tot de waarde op datum faillissement te worden teruggebracht. De interessante vraag die vervolgens rijst, is wat de waarde van de (wettelijke) regresvordering op datum faillissement is indien de pandhouder-borg nog niet heeft betaald. De beantwoording van die vraag gaat het bestek van deze bijdrage echter helaas te buiten.

6. Bepaling van ontstaansmoment van vorderingen door partijen en het fixatiebeginsel

De Hoge Raad oordeelt in hetzelfde arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* dat naast de mogelijkheid van verhaal voor een wettelijke regresvordering, het mogelijk is een contractuele regresvordering te creëren die niet pas na betaling door de borg ontstaat, maar al bij het aangaan van het overwaarde-arrangement, onder de opschortende voorwaarde van betaling. Dit was volgens de Hoge Raad het geval in het *Bannenberg q.q./NMB Heller*-arrest. De Hoge Raad overweegt:

‘In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenberg) is overwogen – mede op grond van argumenten ontleend aan het wettelijk stelsel voor

³⁰ Vgl. Faber, a.w., nr. 427.

³¹ Ook in het onder voetnoot 27 genoemde arrest (HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665) komt dit niet aan de orde.

³² Vgl. Faber, a.w., nr. 414.

verrekening in faillissement – dat de in dat arrest onder 4.1 beschreven constructie van het overwaarde-arrangement noch naar inhoud, noch naar strekking in strijd komt met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. Voor zover in dit verband van belang, had die constructie tot doel dat een pandhouder ook de regresvordering op zijn pandgever uit hoofde van een jegens een andere schuldeiser aangegane borgtocht, kon verhalen op de verpande goederen. In de zaak Bannenbergh had de pandgever zich vóór het intreden van het faillissement contractueel jegens de pandhouder verbonden zodanige regresvorderingen te zullen voldoen. Er was in dat arrest dus geen sprake van een regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig was, maar van een op dat tijdstip reeds bestaande contractuele regresvordering (onder opschortende voorwaarde). Zoals uit genoemd arrest al voortvloeit, verzet de wet zich niet ertegen dat bij overeenkomst een dergelijke regresvordering in het leven wordt geroepen, naast de regresvordering die op grond van de wet ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), rov. 3.6).'

Hieruit volgt dus dat de Hoge Raad van oordeel is dat partijen een regresvordering kunnen creëren en deze zodanig kunnen vormgeven dat deze een bestaande is, al dan niet voorwaardelijk. De vraag is of in deze overweging ook ligt besloten dat het partijen in het algemeen vrijstaat door partijafpraak een vordering bestaand te maken, terwijl zonder partijafpraak die vordering als toekomstig zou worden gekwalificeerd.³³ De financieringspraktijk zou dit toejuichen. Banken zitten immers – met het oog op de zekerhedenpositie – graag aan de knoppen.³⁴ Ter illustratie. Het is gebruikelijk bij het aangaan van een kredietovereenkomst bij een hoofdelijk aansprakelijkstelling de (wettelijke) regresvordering van de hoofdelijk kredietnemer te verpanden.³⁵ Uit het arrest ASR/Achmea blijkt dat de wettelijke

33 W.H. van Boom lijkt zulks in zijn blog op <https://willemvanboom.wordpress.com> aan te nemen. Met Wibier sluit ik niet uit dat de Hoge Raad zich de laatste tijd minder gelegen laat aan de juridische techniek en dogmatiek wanneer het gaat om de oplossingen die hij kiest in goederen- en insolventierechtelijke vraagstukken en zich meer vrijheid veroorlooft om tot de wenselijk geachte uitkomst uit te komen. Het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn* zou wellicht een voorbeeld hiervan kunnen zijn. In dat geval mag ook niet zoveel uit dit arrest worden afgeleid behoudens het feit dat een overwaarde-arrangement faillissementsbestendig is als de hoofdschuldenaar meetekent. Vgl. R.M. Wibier in zijn annotatie onder het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn* q.q., AA 2016/2.

34 Vgl. ook F.J.M. Verstijlen, 'De verpanding van onderhanden werk', *WPNR* 2013/6983, online geraadpleegd.

35 Ingeval een concern dusdanig in financiële problemen geraakt dat ontvlechting noodzakelijk is, hebben zowel de bank als de gezonde concernmaatschappijen er belang bij dat potentiële aanspraken uit hoofde van regres en subrogatie van in een sterfhuis achterblijvende concernmaatschappijen jegens de gezonde concernmaatschappijen worden voorkomen, teneinde de financiële positie van die gezonde concernmaatschappijen niet te verzwakken. Zie J.L. Snijders, 'Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in ASR/Achmea, wat betekent dit voor concernfinanciering?', *FIP* 2012, p. 156 e.v. en M.H.E. Rongen, 'Het arrest ASR Schadeverzekering/Achmea en de gevolgen voor de financieringspraktijk: de schade valt mee', *TFR* 2013/1, p. 10.

regresvordering pas ontstaat op het moment dat een hoofdelijk schuldenaar de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Als de hoofdelijk kredietnemer na datum faillissement de schuld voldoet, werkt de verpanding van een dergelijke vordering niet tegen de boedel op grond van art. 23 en 35 Fw. Hoewel het ontstaansmoment van een vordering niet meer leidend is voor de fixatie van het passief (zie hierboven), lijkt de Hoge Raad voor de fixatie van het actief hier nog wel aan vast te houden. De Hoge Raad heeft vrij recent in het *ING/Nederend q.q.*-arrest nog overwogen dat vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie als gevolg van ontbinding of opzegging van een overeenkomst voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw moeten worden aangemerkt als vorderingen die pas ontstaan door de betreffende beëindigingshandeling, zodat de schuldeiser pas op dat moment de betreffende vordering verkrijgt en zodoende cessie of verpanding van een dergelijke vordering niet tegen de boedel werkt.

Een aantal banken heeft naar aanleiding van het arrest *ASR/Achmea* de lening-documentatie zodanig aangepast dat partijen bij het aangaan van de kredietovereenkomst vaststellen dat een eventuele regresvordering van de bank bestaand is, om zodoende rechtsgeldige verpanding ten gunste van de bank te bewerkstelligen (en het fixatiebeginsel zoals vastgelegd in art. 23 en 35 lid 2 Fw te omzeilen). De vraag is of aan een dergelijk partijbeding effect zou moeten worden toegekend. Zou beïnvloeding van het ontstaan van een vordering op deze manier mogelijk zijn, dan is het probleem van de toekomstige vorderingen eigenlijk geen probleem meer.³⁶ Vorderingen kunnen dan immers altijd faillissementsbestendig worden overgedragen of verpand. Dan zou ook het probleem van verpanding van toekomstige banksaldi meteen zijn opgelost.³⁷

Het lijkt mij dat dergelijke partijbedingen die tot gevolg hebben dat wordt afgeweken van het fixatiebeginsel en de *paritas creditorum* in beginsel niet geoorloofd moeten zijn.³⁸ Het is onwenselijk en zou zekerheidsgerechtigden te veel macht geven. Zij kunnen immers in dat geval de verdeling van verhaalsmogelijkheden tussen zekerheidsgerechtigde en de boedel c.q. gezamenlijke schuldeisers altijd voorafgaand aan een faillissement sturen. Die verdeling zou aan de rechter moeten worden overgelaten. De parlementaire geschiedenis biedt steun voor deze opvatting. In het kader van de invoering van het nieuwe BW en meer in het bijzonder van art. 3:97 BW, heeft de commissie naar aanleiding van het arrest *WUH/Emmerig q.q.* de minister gevraagd of het toekomstige karakter van de

36 Vgl. M.A. Blom, *Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen* (NIBE Bank-juridische reeks nr. 2), Amsterdam 1989, p. 23.

37 Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat vorderingen die voortvloeien uit stortingen op een bankrekening waarop eerder een stil pandrecht is gevestigd onvoldoende *rechtstreeks* voortvloeien uit de rekening-courantverhouding om onder het bij voorbaat gevestigde stille pandrecht op de rekening te kunnen vallen (zie HR 17 december 2012, *NJ* 2012/605, m.nt. F.M.J. Verzijlen (*Rabobank/Kézér q.q.*)).

38 Vgl. ook Wibier in het kader van vervalbedingen (R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985).

vordering ter zake van de huurvorderingen en daarmee het resultaat van het arrest kan worden omzeild door ‘*overeen te komen dat de huur voor een periode van x jaren bij vooruitbetaling onmiddellijk verschuldigd is zij het dat de huurder zijn schuld mag aflossen in maandelijkse bedragen van y gulden en voorts met dien verstande dat wanneer achteraf blijkt dat een deel van de huur niet genoten is, de schuld evenredig zal zijn of worden vermindert*’. De minister heeft hierop geantwoord dat voorop moeten worden gesteld dat wat nog als toekomstige vordering heeft te gelden, aan de rechter blijft overgelaten. Het lijkt hem echter niet onaannemelijk dat de rechter niet tot dezelfde slotsom komt als die van het arrest *WUH/Emmerig q.q.*³⁹ Het Hof ‘s-Hertogenbosch kwam recentelijk ook nog tot een dergelijke slotsom.⁴⁰ Volgens een aantal auteurs staat het ontstaansmoment van een (wettelijke regres) vordering ter vrije bepaling van partijen en moet de oplossing voor de bescherming van gezamenlijke schuldeisers eerder worden gevonden in het leerstuk van de pauliana.⁴¹ Ook de Hoge Raad wijst in het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* op de mogelijkheid van de vernietiging van het overwaarde-arrangement wegens pauliana als mogelijke remedie.⁴² Met Van Boom ben ik van mening dat dit meer een doekje voor het bloeden is dan een reël tegenwicht, tenzij ervan uit kan worden gegaan dat het contractueel vervroegen van het ontstaansmoment van vorderingen per definitie wetenschap van benadeling van de verhaalsmogelijkheden van crediteuren oplevert, hetgeen niet waarschijnlijk lijkt.

De vraag rijst overigens wel of, nu blijkens het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*, de Hoge Raad een minder rigide uitleg lijkt te hanteren ter zake de fixatie van het passief, zulks ook moet worden aangenomen ter zake de fixatie van het actief. Met andere woorden, dient het strikte criterium van het ontstaansmoment van een vordering voor de toepassing van art. 23 en 35 Fw te worden gehandhaafd of dient het fixatiemoment zich meer te richten op het ontstaansmoment van de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit? Voor het hiervoor besproken arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* schrijft Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie dat – weliswaar in de context van de vraag of een vordering zich voor

39 Vgl. MvA I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1253.

40 Hof ‘s-Hertogenbosch 17 september 2013, *JOR* 2013/326. Overigens lijkt H.J. Snijders ten aanzien van huurvorderingen dezelfde mening te zijn toegedaan. De Hoge Raad heeft volgens hem elke huurvordering ter zake van een contra-prestatie in de toekomst ongeacht het tijdstip van opeisbaarheid toekomstig willen achten. Zo ook Rongen, a.w., nr. 894. Anders bijv. S.C.J.J. Kortmann in zijn AA-annotatie onder HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200, m.nt. W. Klein en Verstijlen, ‘De verpanding van onderhanden werk’, *WPNR* 2013/6983.

41 Vgl. onder andere A.J. Verdaas, ‘Nadere beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen’, *NTBR* 2014/3.

42 Overigens lijkt de Hoge Raad, naast de actio pauliana, een beroep op art. 54 Fw in het kader van een overwaarde-arrangement niet uit te sluiten. Geheel voor de hand ligt dit niet, gelet op de strikte koers die de Hoge Raad sinds het arrest HR 10 juli 2015, *JOR* 2015/282, m.nt. N.E.D. Faber (*Wemaro/De Bok q.q.*) bij de toepassing van art. 54 Fw is gaan varen. Vgl. J.J. van Hees in zijn *JOR*-annotatie onder HR 16 oktober 2015, *JOR* 2016/21 (*Ingwersen q.q./ING*).

verificatie leent – het onderscheid tussen een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde en een toekomstige vordering die voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding niet altijd makkelijk te maken is. Dit is ook gebleken uit de uiteenlopende jurisprudentie hierover.⁴³

Daarnaast kan men zich afvragen of het vanuit economisch perspectief juist is dat de crediteur van een toekomstige uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeiende vordering, juridisch gezien nog helemaal geen recht heeft.

Illustratief in dit verband is de huurvordering ter zake van een tegenprestatie in de toekomst (huurgenot). De Hoge Raad heeft deze in het arrest *WUH/Emmerig q.q.* toekomstig geacht.⁴⁴ Vaststaat dat als de verhuurder presteert, de huurder verplicht is om de huurpenningen te voldoen. Mogelijk heeft de verhuurder nog geen vordering die aangeduid kan worden als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde, maar hij heeft wel de toezegging dat de huurder de huur zal betalen. Een dergelijke vordering heeft mijns inziens naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven op datum van faillietverklaring reeds een bepaalde waarde. Die status van die vordering vraagt in de financieringspraktijk om verhandelbaarheid. Een financier zal immers minder bereid zijn een verhuurd pand te financieren indien de financier onvoldoende dekking heeft.⁴⁵ Blom stelt de vraag wanneer zou worden aangenomen dat er een ander recht is dan het recht dat niet mag worden aangeduid als een (voorwaardelijke) vordering, of dit een recht is dat verpand kan worden met als gevolg dat de pandhouder van dat recht op het moment van het ontstaan van de vordering die vordering in pand krijgt.⁴⁶ De vordering passeert dan niet de boedel en faillissement van de pandgever hindert de pandhouder niet. In wezen speelt dezelfde problematiek bij de vraag of een pandhouder op aan de pandgever onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken een pandrecht verkrijgt als de koopprijs pas na het faillissement van de pandgever wordt betaald. Over deze vraag is in de literatuur veel gediscussieerd. Er zijn grofweg twee visies. Volgens de ene visie kan

43 In mijn dissertatie zal het ontstaansmoment van vorderingen in een aantal leerstukken afzonderlijk worden geanalyseerd en wordt gepoogd om een overkoepelende conclusie te trekken over het ontstaansmoment van vorderingen naar Nederlands recht. Daarmee wordt de mogelijkheid uitdrukkelijk opengelaten dat een dergelijke overkoepelende conclusie niet mogelijk is op basis van de relevante bronnen. Denkbaar is dat de vraag of een vordering bestaand of toekomstig is per leerstuk verschillend moet worden beantwoord.

44 De Hoge Raad doet voor zijn oordeel een beroep op de *aard van de overeenkomst*, zoals deze onder meer tot uiting komt in de huurrechtelijke bepalingen van (oud) BW, maar het valt niet uit te sluiten dat het arrest vooral ook een rechtspolitieke achtergrond heeft (vgl. de conclusie van Wuisman voor het arrest *ING/Nederend q.q.* (HR 10 december 2010, *NJ* 2010/653; *JOR* 2011/63, m.nt. B.A. Schuijling) en Rongen, a.w., nr. 872).

45 Vgl. ook Rongen, a.w., nr. 915.

46 Vgl. Blom, a.w., p. 28.

alleen over het volledige eigendomsrecht worden beschikt.⁴⁷ Het volledige eigendomsrecht wordt pas na intreden van de opschortende voorwaarde verkregen, derhalve na betaling van de koopprijs. De consequentie van dat standpunt is dat wanneer de verkrijger failliet is op het moment dat de koopprijs wordt betaald en de voorwaarde intreedt, het op dat moment verkregen eigendomsrecht in de boedel valt ten gevolge van het fixatiebeginsel (art. 35 lid 2 Fw) en de verkoopopbrengst van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken aan de gezamenlijke schuldeiser toekomt. De andere visie houdt in dat het voorwaardelijk eigendomsrecht wel degelijk een goed is⁴⁸ waarover direct kan worden beschikt en dat een eventueel faillissement van de verkrijger niet in de weg staat aan een geldige verpanding.⁴⁹ Consequentie van deze visie is dat het fixatiebeginsel buiten toepassing wordt gelaten en de verkoopopbrengst van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken aan de pandhouder toekomt, zelfs wanneer het de curator is die de leverancier na datum faillissement betaalt. Het antwoord op de vraag of over het voorwaardelijke eigendom kan worden beschikt, is mijns inziens dan ook van rechtspolitieke aard waarbij het neerkomt op een afweging ter zake de wenselijk geachte verdeling tussen zekerheidsgerechtigde enerzijds en gezamenlijke schuldeisers c.q. de boedel anderzijds. De kwestie is recentelijk aan de orde gekomen bij de Hoge Raad.⁵⁰ Volgens de Hoge Raad moet een door de schuldenaar voor zijn faillissement gevestigd pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht als een onvoorwaardelijk pandrecht op een bestaand goed worden aangemerkt waarvan de levering (vestiging) reeds is voltooid voordat het faillissement intreedt en zodoende voor de verpanding geen nadere beschikkingshandelingen van de schuldenaar nodig zijn. Dit brengt mee dat art. 35 lid 1 en 2 Fw in zodanig geval toepassing mist.

Nu de Hoge Raad heeft gesanctioneerd dat over voorwaardelijk eigendom kan worden beschikt en het fixatiebeginsel in die zin in feite oprekt, zou ik menen dat er nog weinig aan in de weg staat dat het fixatiebeginsel ook ter zake van toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een reeds voor datum faillissement bestaande rechtsverhouding minder rigide wordt toegepast. Ongeacht het ontstaanmoment van de vordering zouden vorderingen *‘waarvoor de kiem is gelegd in de voor faillietverklaring reeds tot stand gekomen rechtstoestand en die ten tijde van de faillietverklaring in een zekere sluimertoestand verkeren’* zoals Advocaat-Generaal

47 Deze visie wordt onder meer door Wibier verdedigd. Zie R.M. Wibier, ‘Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van “voorwaardelijke eigendom”’, *MvV* 2013/10, p. 289.

48 Of zoals mijn vader het verwoordt: een bestaande aanspraak met forse goederenrechtelijke casus die om verhandelbaarheid vraagt. Zie H.J. Snijders, ‘Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken’, *NTBR* 2006, nr. 6.

49 Deze visie wordt onder meer door mijn vader en Faber verdedigd. Zie H.J. Snijders, ‘Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken’, *NTBR* 2006, nr. 6 resp. N.E.D. Faber, ‘Overdracht van voorwaardelijke eigendom’, in: N.E.D. Faber, C.H.J. Jansen & N.S.G.J. Vermunt, *Fiduciaire verhoudingen*, serie Onderneming en Recht, deel 41, Kluwer: Deventer 2007, p. 33-58.

50 HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

Timmerman het fraai verwoordt, en naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder economische maatstaven een bepaalde waarde hebben, verhandelbaar moeten zijn en zou het bepaalde in art. 23 en 35 lid 2 Fw aan overdracht respectievelijk verpanding van dergelijke vorderingen niet in de weg moeten staan. De door Blom aangedragen methode zou een oplossing kunnen zijn. Een alternatief dat vaker is bepleit in de literatuur is dat alle vorderingen die voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding weer als bestaand worden aangemerkt in de zin van art. 23 en 25 lid 2 Fw. Het fixatiebeginsel richt zich dan zowel met betrekking tot het passief als tot het actief niet meer op het ontstaansmoment van de desbetreffende vordering, maar op het ontstaansmoment van de rechtsverhouding waaruit de vordering (rechtstreeks) voortvloeit.⁵¹

7. Tot besluit

Het fixatiebeginsel is een belangrijk beginsel in het faillissementsrecht. Als het gaat om de vraag of een vordering zich voor verificatie leent (fixatie van het passief) lijkt sinds het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* het criterium van het ontstaansmoment van de vordering niet (meer) leidend te zijn. Het fixatiebeginsel – toegepast op verificatie, verrekening en uitwinning (zo weten wij nu zeker na het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*) – verzet zich slechts tegen verificatie, verrekening of uitwinning ter zake van vorderingen die voortvloeien uit een rechtsverhouding die per faillissementsdatum nog niet bestond. Voor al die gevallen is niet het ontstaansmoment van de vordering maar het ontstaansmoment van de rechtsverhouding bepalend. Deze ontwikkeling is toe te juichen, nu het onderscheid tussen bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeiende vorderingen niet altijd makkelijk valt te maken. Wat betreft de fixatie van het actief lijkt echter het ontstaansmoment van de vordering nog wel bepalend. De vraag rijst of ook hier niet het fixatiebeginsel zou moeten worden opgerekt naar het ontstaansmoment van de rechtsverhouding. Mijns inziens is die vraag een vraag van rechtspolitieke aard en dient deze aan de wetgever en rechter te worden overgelaten. Partijafspraken die tot gevolg hebben dat wordt afgeweken van het fixatiebeginsel dienen mijns inziens in beginsel niet geoorloofd te zijn. Dit zou zekerheidsgerechtigden te veel macht geven, hetgeen mij onwenselijk lijkt.

⁵¹ Voor zover de pandhouder resp. verkrijger zou profiteren van prestaties die na de faillietverklaring ten laste van de boedel wordt verricht (zoals het verstrekken van huurgenot) zou in de Faillissementswet wellicht een verplichting voor separatisten kunnen worden opgenomen een boedelbijdrage aan de boedel te betalen die recht doet aan de prestaties die na de faillietverklaring ten laste van de boedel worden verricht. Zie Rongen, a.w., nr. 916.

Familiebanden en banden van genegenheid in het aansprakelijkheidsrecht: een wandeling langs vier portretten

Pieter De Tavernier¹

Begin 1993, dus bijna een kwart eeuw geleden, bezocht ik in de National Gallery te Londen, vlak bij Piccadilly Circus, de tentoonstelling *Edvard Munch: The Frieze of Life*.² Een overweldigende ervaring, temeer daar ik bijna helemaal op mijn eentje van de kunstwerken, waaronder de befaamde *Scream*, kon genieten. Ik denk dat ook Henk Snijders, een liefhebber van schilderkunst en muziek, van de expo zou hebben genoten.

In dit vriendenboek neem ik de lezer mee naar een kleine portrettengalerij. Een beetje zoals de componist Modest Moessorgski in zijn *Pictures of an Exhibition*³ de bezoeker bij de hand neemt op een tentoonstelling van werken van zijn vriend Viktor Hartmann. Mijn portretten gaan echter niet over het oude kasteel, de Poolse ossenwagen, Limoges of de grote poort van Kiev, maar wel over de essentie van het werk van Edvard Munch: over leven en dood. Met mijn bezoek beoog ik nader inzicht te krijgen over de vraag in welke mate familiebanden en banden van genegenheid – past een bijdrage hierover niet mooi in een *Liber Amicorum*? – bij leven en bij dood impact hebben op vragen van burgerlijke aansprakelijkheid. Onze wandeling (in Moessorgski's meesterwerk: *Promenade*) leidt langs vier schilderijen: (1) *Gibson & Gibson* (United States of America); (2) *The Doering Kids* (United States of America); (3) *Bertrand* (France); en (4) *Alcock* (England).

Mijn ontdekkingsstocht langs bekende aansprakelijkheidsportretten verloopt volgens een vrij vast stramien. Ik start telkens met een korte beschrijving van het taferel. Wat is er op het kunstwerk te zien? Juridisch vertaald: welke feiten hebben aanleiding gegeven tot de geselecteerde uitspraak? Vervolgens confronteer ik de kunstliefhebber met de wijze waarop het werk in de catalogus is beschreven. In juridische termen: tot welke centrale aansprakelijkheidsrechtelijke overweging heeft de zaak aanleiding gegeven? In de derde plaats daag ik de gasten uit tot een discussie. Rechtens luidt dan de vraag: bent u het wel eens met de uitleg in de

¹ Mr. P.C.J. De Tavernier is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en lid van het bijzonder academisch personeel van de Universiteit Antwerpen.

² Zie bijv. www.getty.edu/art/collection/artists/352/edvard-munch-norwegian-1863-1944/.

³ Zie hierover bijv. www.britannica.com/topic/Pictures-at-an-Exhibition.

catalogus of dienen er zich alternatieve interpretaties aan? Bij het verlaten van de tentoonstelling, in de conclusie van mijn bijdrage, geef ik de lezer mee of het patrimonium dat we tijdens de *Promenade* leerden kennen, heeft kunnen bekoren.

I. Gibson v Gibson

Het tafereel speelt zich af in Californië. Tijdens een gezinsuitje parkeert vader Robert Gibson zijn auto op onzorgvuldige wijze aan de kant van de weg. Hij verzoekt vervolgens zijn zoon James A. Gibson om de wielen van de jeep, die door de auto wordt voortgetrokken, na te zien. Gedurende dit nazicht wordt James A. op ongelukkige wijze aangereden door een passerend voertuig.

James stelt vader Robert aansprakelijk voor de door hem geleden schade. Robert voert echter verweer op grond van de zogenaamde *Parent-Child Immunity*-regel.⁴ Deze regel is in Californië van kracht sinds *Trudell v Leatherby*,⁵ een arrest van de California Supreme Court uit 1931. Op grond van deze regel wordt een schadeclaim tussen een ouder en diens kind niet toelaatbaar geacht. In *Gibson v Gibson* gaat de Supreme Court echter om. In de catalogus van de tentoonstelling lees ik namelijk: 'Applying what we have said above to the case at bench, we hold that the trial court erred in sustaining the defendant's demurrer in reliance on *Trudell v Leatherby*. We overrule *Trudell*, and hold that an unemancipated minor child may maintain an action for negligence against his parent. Consequently, plaintiff's complaint stated a cause of action and was not vulnerable to demurrer.'⁶

In de Verenigde Staten van Amerika is de zogenaamde *Spousal Immunity*-regel,⁷ dat wil zeggen de ontoelaatbaarheid van schadeclaims tussen echtgenoten, in de meeste staten afgeschaft. Dit geldt echter niet voor de *Parent-Child Immunity*-regel. Dat deze regel in bepaalde staten is behouden, wordt verklaard 'by a reluctance to have judicial review over what constitutes acceptable parenting'.⁸ Dit heeft sommige staten er echter niet van weerhouden om de regel af te voeren, hetzij

4 J.L. Diamond, L.C. Levine & A. Bernstein, *Understanding torts*, LexisNexis, Fifth Edition, 2013, p. 244-245.

5 *Trudell v Leatherby*, 212 Cal. 678, 300 Pac. 7 (1931).

6 *Gibson v Gibson*, 479 P.2d 648 (Cal. 1971), te raadplegen op <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/3/914.html>.

7 Zie Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 243-244; zie ook B. Weyts, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 242, nr. 273, die de term *interspousal tort immunity* hanteert.

8 Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 244 en B. Weyts 2003, p. 242, nr. 273, die de uitdrukking *parental immunity* gebruikt. Merk op dat in andere landen, zoals bijv. in België, een claim tussen ouder en kind als immoreel of als een vorm van rechtsmisbruik wordt beschouwd: zie B. Weyts, 'Familiebanden, aansprakelijkheid en verzekering', *R.W.* 2004-2005, p. 81, nr. 2.

geheel, hetzij gedeeltelijk, bijvoorbeeld in geval van opzet (*intentional torts*) of bij verkeersongevallen, zoals in het hier bekeken portret *Gibson v Gibson*.⁹

Ik daag de bezoeker uit tot discussie. In tegenstelling tot in sommige US-staten¹⁰ geldt er in België geen verbod op schadeclaims tussen ouders en kinderen.¹¹ Ik wijs in dit verband op een arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 1972, dat evenals in *Gibson v Gibson* een verkeersongeval betrof.¹² Een man had een verkeersongeval veroorzaakt waarbij zijn schoondochter om het leven kwam. Zijn zoon tracht van zijn vader smartengeld te bekomen wegens het leed door het overlijden van zijn echtgenote. Het hof van beroep stond de vordering toe, aangezien familiebanden de van toepassing zijnde aansprakelijkheidsregels niet wijzigen en de voorliggende vordering geen onwettig of immoreel karakter heeft en evenmin als rechtsmisbruik kan worden aangemerkt. Het Hof van Cassatie hield deze uitspraak in stand, aangezien de vordering tot vergoeding van de morele schade geen private straf wil opleggen, maar de pijn, de smart of ander moreel leed wil lenigen en aldus de schade beoogt te herstellen.

De Belgische rechtspraak bevat tal van uitspraken waarin buitencontractuele vorderingen tussen partners en schadeclaims tussen ouders en kinderen gegrond werden verklaard.¹³ Daarbij dient wel te worden aangestipt dat bij de toetsing van het schadeverwekkende gedrag rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval. Zo zal in verband met een schadeclaim van een kind tegen diens ouders de familieband een rol spelen in de beoordeling van een eventuele opvoedingsfout. Men denke aan een kind dat thuis slachtoffer wordt van een schadegeval en vergoeding vordert van zijn ouders. Die opvoedingsplicht moet op een redelijke wijze worden beoordeeld. Dit impliceert dat in geval van een handeling in het raam van de uitoefening van de taak als ouder, de rechter het gedrag van de ouder steeds zal moeten toetsen aan dat van een normaal zorgvuldige persoon in dezelfde omstandigheden, zodat niet elke tekortkoming van de ouder als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt. Anders is de situatie waarbij de onrechtmatige daad geen enkel verband houdt met de taak als ouder, zoals in de hierboven besproken zaak – een verkeersongeval – die aan het arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 1972 ten grondslag lag.¹⁴

9 Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 244.

10 Zie bijv., voor Indiana, *Smith v Smith*, 141 N.E. 128 (Ind. 1924); voor Washington: *Roller v Roller*, 79 P. 788 (Wash. 1905). Over deze rechtspraak: Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 244.

11 B. Weyts 2004, p. 243, nr. 274.

12 Cass. 10 oktober 1972, Arr. Cass. 1973, 146, R.W. 1972-73, 718. Vgl. A. Tunc, 'Noot onder Cass. 10 oktober 1972', J.T. 1973/165, die de vordering als immoreel beschouwt, met een juridische ontoelaatbaarheid tot gevolg. Zie Weyts 2003, p. 243, voetnoot nr. 1125.

13 Zie Weyts 2004, p. 85 e.v. en de verwijzingen naar jurisprudentie aldaar.

14 Weyts 2004, p. 86-87, nr. 18-19 en Weyts 2003, p. 243-244, nr. 275.

2. The Doering Kids¹⁵

Met het volgende schilderij blijven we nog even in de Verenigde Staten, in Colorado. Op het werk zien we Richie en Kimberly Doering, die respectievelijk vier en zes jaar oud zijn wanneer zij op 18 februari 1993, onder toezicht van hun moeder, gaan sleeën op Copper Mountain Resort, een skigebied in Colorado. Tijdens het sleeën komen de kinderen in botsing met een *snow groomer* of *pistenbully*, een machine waarmee skipistes worden geprepareerd. Ten gevolge van de botsing lopen beide kinderen ernstig letsel op.¹⁶

De familie Doering voert aan dat het ongeval is veroorzaakt door *negligence* van Copper Mountain Ltd., aangezien het skiresort in strijd heeft gehandeld met bepaalde voorschriften van de toepasselijke *Ski Safety Act*.¹⁷ Copper Mountain Ltd. probeert evenwel aan haar gehele schadevergoedingsplicht te ontsnappen door de moeder van de kinderen bij de zaak te betrekken als een zogenaamde '*non-party*'. Zij zou zich immers onzorgvuldig hebben gedragen door haar kinderen toe te laten op de betreffende (gesloten) piste te gaan sleeën.

Over de beslissing van het Court of Appeals leren we uit de catalogus twee zaken. *Eén*: indien Copper Mountain Ltd. een plicht uit de *Colorado Ski Safety Act* heeft miskend, kan niet worden aangevoerd dat Richie en Kimberly Doering een inherent risico of gevaar hebben aanvaard. Dat de kinderen zich in een risicovolle situatie hebben begeven, is niet langer van belang. Een beroep op het leerstuk van de risicoaanvaarding gaat in een dergelijk geval niet op.¹⁸ *Twee*: over de zorgplicht van de moeder oordeelt het hof dat de moeder een zorgplicht had ten opzichte van haar kinderen en daardoor als een '*non-party*' kan worden aangewezen. Dit betekent dat, indien wordt vastgesteld dat de moeder haar zorgplicht heeft geschonden en hierdoor aan de schade van haar kinderen heeft bijgedragen, de jury de schade naar evenredigheid verdeelt over het skiresort en de moeder van Richie en Kimberley.¹⁹ De kinderen kunnen Copper Mountain Ltd. daarbij enkel aanspreken voor dat deel van de schade dat aan het skiresort wordt toegerekend, en

¹⁵ *Doering v Copper Mountain Inc.*, 259 F.3d 1202, 1213 (10th Cir. 2001). Zie voor deze uitspraak <http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1302073.html>.

¹⁶ Tijdens het opleidingsonderdeel *Privatissimum* aan de Universiteit Leiden heb ik mijn studenten betrokken bij mijn onderzoek naar *The Doering Kids*-zaak. Ik heb hen daarbij verzocht de relevante aansprakelijkheidsvragen, zowel vanuit Nederlands als Amerikaans perspectief, in kaart te brengen. De resultaten van hun onderzoek vormden de bouwstenen van dit onderdeel van mijn bijdrage.

¹⁷ Zie over de *Ski Safety Acts* uitvoerig E.A. Feldman & A. Stein, 'Assuming the risk: tort law, policy, and politics on the slippery slope', *DePaul Law Review* 2009-2010, p. 259-303.

¹⁸ *Doering v Copper Mountain Ltd.*, onder C (Jury Instructions).

¹⁹ *Ibidem*, onder D.3. (Consideration of the Negligence of a Nonparty).

niet voor het deel dat aan hun moeder wordt toegerekend.²⁰ Wat dit laatste deel betreft, kunnen Richie en Kimberly evenmin hun moeder aanspreken, aangezien – en denk hierbij terug aan het vorige *tableau* van de tentoonstelling! – men in Colorado de *Parental Immunity*-leer hanteert,²¹ op grond waarvan ouders immuniteit genieten met betrekking tot schadeclaims van hun kinderen. Daardoor blijven de kinderen zelf met een deel van de schade zitten.²²

Ik open wederom de discussie, deze keer door aan een bezoeker uit Nederland de vraag voor te leggen hoe volgens zijn recht zou worden omgegaan met de twee kwesties waar het Court of Appeals uitspraak over heeft gedaan. Hij geeft mij het volgende antwoord.

Eén. De leer van de risicoaanvaarding hoort bij de vraag naar de eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW.²³ Dit wetsartikel bepaalt dat, wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de schade in evenredigheid over de benadeelde en de vergoedingsplichtige wordt verdeeld, tenzij de billijkheid een andere verdeling vereist. De jeugdige leeftijd van *the Doering Kids* staat de toerekening krachtens art. 6:101 BW niet in de weg.²⁴ Dit geldt ook voor kinderen onder de veertien jaar, zoals Richie en Kimberley, aan wie nochtans op grond van art. 6:164 BW een gedraging niet als een onrechtmatige daad kan worden toegerekend.²⁵ Wel wordt er in verband met eigen schuld rekening gehouden met hun jeugdige leeftijd, namelijk bij de toepassing van de billijkheidscorrectie.²⁶ De Hoge Raad heeft namelijk beslist dat de schade van een kind jonger dan veertien jaar in beginsel geheel voor rekening van de vergoedingsplichtige komt,²⁷ ook al heeft het kind zelf bijgedragen tot de schade.²⁸ Voor

20 Met andere woorden: Copper Mountain Ltd. en de moeder zijn niet hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade, maar wel aansprakelijk voor het deel dat aan hen wordt toegerekend.

21 Zie *Trevarton v Trevarton*, 378 P.2d 640, 642 (Colo. 1963), bevestigd door *Farmers Ins. Exchange v Dotson*, 913 P.2d 27, 33 n. 6 (Colo. 1996).

22 Zij krijgen als het ware de fout van hun moeder aangerekend.

23 J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015, p. 298, nr. 234.

24 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 352; zie ook HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ACo663, NJ 1990/778, m.nt. C.J.H. Brunner (*Lars Ruröde*). Zie daarover Spier e.a. 2015, nr. 228.

25 A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid* (Mon. Privaatrecht 16), Deventer: Kluwer 2013, 40-41.

26 P. De Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 55 en A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II**. *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-110.

27 Behoudens gevallen van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid.

28 Zie over deze rechtspraak A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, serie Recht en Praktijk, deel 127, Deventer: Kluwer 2003, p. 231-234.

kinderen van veertien jaar en ouder geldt deze 100%-regel niet,²⁹ maar het is niet uitgesloten dat in een dergelijk geval, door middel van de 'normale' casuïstische werking van de billijkheidscorrectie, rekening wordt gehouden met de leeftijd van het kind.³⁰

Twee. Ouders worden niet geacht elke gevaarscheppende situatie te kunnen voorkomen. Toch kan de schending van hun zorgplicht wel degelijk leiden tot aansprakelijkheid jegens hun *kids*. Het Nederlandse recht kent immers geen leerstuk dat vergelijkbaar is met de *Parental Immunity*-leer zoals die in Colorado van toepassing is. Dit neemt niet weg dat bij de beoordeling van de zorgplicht van de ouders terughoudendheid is geboden, aangezien ouders een zekere beslissingsvrijheid hebben bij de uitoefening van het ouderlijk gezag.³¹ Denk hierbij aan hetgeen wij hebben vernomen bij het bekijken van het schilderij *Gibson v Gibson* en de houding van het Belgische Hof van Cassatie ten aanzien van de mogelijkheid van claims tussen ouders en kinderen.

Vervolgens rijst de vraag of de onzorgvuldigheid van de moeder aan haar kinderen kan worden toegerekend, zodat de vergoedingsplicht van het skiresort jegens de kinderen wordt verminderd. Naar Nederlands recht geldt op grond van art. 6:102 BW de hoofdregel dat wanneer schade het gevolg is van gebeurtenissen waarvoor verschillende personen aansprakelijk zijn, ieder van deze personen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de gehele schade.³² Hierop bestaat echter een uitzondering, namelijk wanneer de fout van een van de mededaders op grond van art. 6:101 BW als eigen schuld aan de benadeelde kan worden toegerekend. Toegespitst op het werk *The Doering Kids* heeft de Hoge Raad in een arrest van 1985 geoordeeld dat de fout van een ouder op de voet van art. 6:101 BW niet aan een kind kan worden toegerekend.³³ Er bestaat volgens de Hoge Raad geen reden om van de hoofdregel af te wijken enkel omdat één van de personen op wie een verplichting tot schadeloosstelling rust, een kind is.³⁴ Een dergelijke toerekening zou immers ongewenste gevolgen voor het kind meebrengen. Immers, om de gehele schade vergoed te krijgen, zou het kind zijn ouders moeten aanspreken. Dit is weliswaar mogelijk, maar in vele situaties niet realistisch. Bovendien zou toerekening impliceren dat het risico van insolventie niet bij de derde, maar bij het kind ligt. Dus geldt de normale hoofdregel: het kind kan de derde aanspreken voor het geheel van het bedrag, waarna de derde regres kan nemen op de ouder.

29 HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1196, NJ 1995/236, m.nt. C.J.H. Brunner (*Anja Kellenaers*), r.o. 2.4.3.

30 Ibidem.

31 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 VI, nr. 61, p. 5 en 9-10.

32 Spier e.a. 2015, p. 305, nr. 240.

33 HR 31 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8927, NJ 1986/690, m.nt. C.J.H. Brunner (*Boon/Prenger*). Zie daarover Spier e.a. 2015, nr. 228.

34 Ibidem, r.o. 3.

De vergelijking van de kunstcatalogus en de uitleg over het Nederlandse recht heeft mij tot de volgende wijsheden geleid. In de eerste plaats, zo leerde ik uit *The Doering Kids*, wordt in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht bijzonder veel aandacht besteed aan het leerstuk van de risicoaanvaarding (*assumption of risk*). In Nederland is de Hoge Raad echter van oordeel dat aan dat leerstuk geen zelfstandige betekenis mag toekomen. Risicovolle gedragingen moeten worden benaderd vanuit de leer van de eigen schuld, zoals vervat in art. 6:101 BW. Voor Richie en Kimberly komt dat, zowel naar Amerikaans als naar Nederlands recht, goed uit. Terwijl de Court of Appeals oordeelt dat de schending van de *Ski Safety Act* ertoe leidt dat een beroep op het leerstuk van de risicoaanvaarding niet meer opgaat, geldt volgens het Nederlandse recht dat Richie en Kimberly weliswaar eigen schuld kunnen hebben, maar op grond van de billijkheidscorrectie de schade toch in zijn geheel voor rekening van het vergoedingsplichtige Copper Mountain Ltd. komt. Met betrekking tot de toerekening van de fout van de moeder aan de kinderen liggen de kaarten anders. Terwijl in Colorado, mede gelet op de *Parental Immunity*-leer die daar geldt, de kinderen met een deel van de schade blijven zitten, zouden zij naar Nederlands recht Copper Mountain Ltd. voor het gehele bedrag hebben kunnen aanspreken.³⁵

3. Bertrand³⁶

Na twee Amerikaanse werken is het hoog tijd om de Europese collectie te gaan bekijken.³⁷ We starten met een Frans topwerk, *Bertrand*, dat tot stand kwam naar aanleiding van een aanrijding, op 24 mei 1989, tussen de twaalfjarige fietser, Sébastien Bertrand, en de volwassen bestuurder van een motorfiets, M. Domingues. De schade van Sébastien werd vergoed op grond van de *Badinter*-wet. Domingues, die eveneens schade opliep, stelde een eis tot schadevergoeding in tegen de vader van Sébastien, Jean-Claude Bertrand. Hij baseerde zich hiervoor op art. 1384 lid 4 *Code civil*. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd de

³⁵ Zie P. Disseldorp, 'Het Nederlands aansprakelijkheidsrecht en minderjarige benadeelden: een middagje sleeën. Annotatie bij *Doering v. Copper Mountain Inc.*, 259 *F.3d* 1202, 1213 (10th Cir. 2001)', onuitg.

³⁶ Cass. fr. 2e civ. 19 februari 1997 (*Bertrand*), *J.C.P.* 1997, II, nr. 22848, p. 247-254, met gelijklopende conclusie A-G R. Kessous, met goedkeurende noot G. Viney en D. 1997, J. 265-268, met goedkeurende noot P. Jourdain. Zie over dit arrest bv. P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs: Litec 2009, p. 274 e.v., nr. 429 e.v. Zie voor een toepassing van het Franse recht in een zaak waarover in België procedure is gevoerd: Gent 18 mei 2006, *Tijdschrift@ipr.be* 2007, afl. 1, 22, besproken door H. Vandenberghe, 'Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008)', *T.P.R.* 2010, p. 542, voetnoot nr. 943.

³⁷ Deze paragraaf is een geactualiseerde en sterk ingekorte versie van een eerdere bijdrage, namelijk P. De Tavernier, 'De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen', in: Vlaamse Conferentie bij de balie te Antwerpen (red.), verschenen in: *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Brussel: Larcier 2012, p. 95-134.

schadeclaim ingewilligd. Het hof van beroep van Bordeaux motiveerde de veroordeling van de vader door te overwegen dat ‘seules la force majeure ou la faute de la victime pouvaient exonérer de la responsabilité de plein droit encourue par application de l’article 1384, alinéa 4 du Code civil, et qu’en la présente espèce la preuve n’était pas rapportée d’un cas de force majeure ayant rendu inévitable la réalisation de l’accident’. In cassatie werd betoogd dat het hof van beroep, door te oordelen dat de vader alleen door het bewijs van overmacht of fout van het slachtoffer aan zijn aansprakelijkheid kon ontsnappen, aan art. 1384 lid 4 *Code civil*, een uitleg gaf die regelrecht indruist tegen de interpretatie van die bepaling door het Franse Hof van Cassatie, namelijk dat de ouders het vermoeden op grond van dat artikel niet alleen door het bewijs van overmacht of fout van het slachtoffer kunnen weerleggen, maar ook door aan te tonen dat zij geen enkele fout hebben begaan in de opvoeding van of het toezicht op hun minderjarig kind. Toch werd het cassatieberoep verworpen.

In de catalogus vernemen we dat het Franse Hof van Cassatie met *Bertrand* de wens van een aantal auteurs heeft ingewilligd om de klassieke opvatting waarbij de aansprakelijkheid van de ouders wordt gegrond op een dubbel foutvermoeden, achter zich te laten en te vervangen door een systeem van objectieve aansprakelijkheid.³⁸ In niet mis te verstane bewoordingen overweegt het Franse Hof van Cassatie immers ‘qu’ayant exactement énoncé que seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer un père de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui, la Cour d’Appel n’avait pas à rechercher l’existence d’un défaut de surveillance du père’. Het Franse Hof van Cassatie heeft deze uitspraak van 19 februari 1997 nadien herhaaldelijk bevestigd.³⁹

Ik open de discussie over *Bertrand* met de vaststelling dat er de laatste jaren ook buiten Frankrijk stemmen opgaan om een objectieve ouderlijke aansprakelijkheid in te voeren. Zo lag er geruime tijd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal een wetsvoorstel ter invoering van een risicoaansprakelijkheid voor minderjarigen tot de leeftijd van achttien jaar op tafel⁴⁰ en ook in België is meermaals een wetsvoorstel tot invoering van een objectieve ouderlijke aansprakelijkheid

³⁸ De Tavernier 2012, p. 118-119.

³⁹ Zie bijv. Cass. fr. 2e civ. 5 februari 2004, *Resp.civ.ass.* 2004, Comm. 127. Zie hierover T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 372, nr. 552.

⁴⁰ Voorstel van wet van het lid Çörüz tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor gedragingen van minderjarigen vanaf de leeftijd van veertien jaar, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 519. Zie over dit wetsvoorstel bijv. B.M. Pajmans, ‘Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen’, *AV&S* 2007, p. 54-62.

ingediend⁴¹ Tevens is in rechtsvergelijkende studies⁴² en Europees onderzoek⁴³ de invoering van een risicoaansprakelijkheid van ouders voor schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen aan de orde gesteld.

Ik leg de bezoeker enkele argumenten voor die ten gunste van *Bertrand* kunnen worden aangevoerd. Ik beperk mij daarbij tot de veel gehoorde kritiek op de grondslag van de huidige *Belgische* aansprakelijkheidsregeling, namelijk het dubbele vermoeden van fout in de opvoeding en/of het toezicht.

In de *eerste* plaats wijst men op de onoverzichtelijke casuïstiek die de rechtspraak over de ouderlijke aansprakelijkheid kenmerkt. Dit wekt geen verbazing, aangezien de kwestie van de aansprakelijkheid van de ouders een oplossing krijgt die afhangt van criteria, namelijk 'goede opvoeding' en 'goed toezicht', die vreemd zijn aan het recht.⁴⁴ Aangezien rechters elk hun eigen opvatting hebben over goede opvoeding en voldoende toezicht, treft men tegenstrijdige beslissingen aan. Sommige magistraten hanteren vage en theoretische criteria (goede school, controle van de resultaten, omgang met 'goede' vrienden),⁴⁵ terwijl anderen volledige en precieze

41 Zie bijv. wetsvoorstel 12 oktober 2010 tot invoering in het Burgerlijk Wetboek van een objectieve aansprakelijkheid van de ouders voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen, *Parl. St.* Senaat, nr. 5-277/1. De tekst van het voorstel luidt als volgt: 'In artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1977, worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1°. het tweede lid wordt aangevuld als volgt: "tenzij er sprake is van overmacht of een eigen fout van het slachtoffer";

2°. in het vijfde lid vervalt het woord "ouders".'

42 P. Giliker, *Vicarious Liability in Tort. A Comparative Perspective*, Cambridge: University Press 2010, p. 330; C. Von Bar (red.), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, München: Sellier 2009, p. 613-631; C. Van Dam, *European Tort Law*, Oxford: University Press 2013, nr. 1602-1; zie ook S. Galand-Carval, 'Comparative report on liability for damage caused by others. Part I. General questions', in: J. Spier & F.D. Busnelli (red.), *Unification of tort law: Liability for damage caused by others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 439-447; M. Martin-Casals, 'Comparative annotations to liability of the parents for the acts of their children', *European Review of Private Law* 2004/692.

43 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Wenen: Springer 2005, p. 113-115; Study Group on a European Civil Code en Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, München: Sellier 2009, p. 3434-3452.

44 J.-L. Fagnart, *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile (1968-1975)*, Brussel: Larcier 1971, p. 79, nr. 89.

45 Zie E. Guldix, 'Ouderlijke aansprakelijkheid en familiale aansprakelijkheidsverzekering', *R.G.A.R.* 1981, nr. 10290, p. 1*verso*, die van mening is dat deze criteria te archaïsch zijn. Zij pleit ervoor dat de rechter rekening zou houden met nieuwe opvattingen in de opvoedkunde. Zij stelt: 'Een te streng toezicht van de ouders over het doen en laten van een kind, een voortdurend vermanen en aansporen tot voorzichtigheid,... kunnen een even nefaste invloed hebben als een totale onverschilligheid (...).'

tegenbewijzen van aangepast toezicht en scrupuleuze opvoeding eisen.⁴⁶ Met betrekking tot de opvoedingsverplichting kan er zelfs worden gesproken van twee aparte scholen binnen de rechtspraak! Een *minimalistische* strekking, die tot voor kort de bovenhand had, gaat uit van een soepele beoordeling: ervan uitgaande dat het bewijs van een goede opvoeding niet gemakkelijk is te leveren, neemt men genoegen met een algemeen tegenbewijs. Een *maximalistische* strekking kiest voor een strenge beoordeling van de zorgvuldigheid die de ouders bij de opvoeding van hun kinderen in acht moeten nemen.⁴⁷ Vooral de recente rechtspraak lijkt aan het bewijs van goede opvoeding nogal streng de hand te houden.⁴⁸

In de *tweede* plaats kan men verdedigen dat het vermoeden van fout soms een rol van juridische fictie speelt, in het leven geroepen om derde-benadeelden te kunnen vergoeden zonder de fout als grondslag prijs te geven.⁴⁹ Bovendien moet het in zekere mate aannemelijk zijn dat er een verband bestaat tussen de door het kind aangerichte schade en een fout in de opvoeding of toezicht door de ouders, opdat men een wettelijk vermoeden kan aannemen. Immers, in tegenstelling tot het causale verband tussen de onrechtmatige daad en het toezicht dat over een minderjarige wordt uitgeoefend, dat meestal vlot kan worden bewezen, bestaat er tussen slechte opvoeding en onrechtmatig handelen van de minderjarige hoogstens een correlatie.⁵⁰ Deze kritiek verdient wel enige nuancering. Moet er namelijk geen onderscheid worden gemaakt tussen schadegevallen veroorzaakt door zeer jonge kinderen en die welke door adolescenten zijn veroorzaakt? Wat de opvoeding betreft, valt te begrijpen dat de invloed daarvan pas kan worden beoordeeld op het ogenblik dat een minderjarige een zekere leeftijd heeft bereikt. Opvoeding is immers, anders dan toezicht, geen momentaan gebeuren, maar een inspanning die maar na verloop van jaren ten volle op haar deugdelijkheid kan worden getoetst. Er bestaat, met andere woorden, meer kans op een causaal verband tussen een opvoedingsfout van een ouder en het gedrag van een minderjarige adolescent die reeds een jarenlange opvoeding achter de rug heeft – of juist niet heeft gekregen, of een verkeerde opvoeding heeft genoten – dan tussen een dergelijke fout en een gedraging van een kind, van wie de opvoeding zich nog ‘in de kinderschoenen’ bevindt. Wat het toezicht betreft, moet erop worden gewezen dat bepaalde (bijvoorbeeld reflexmatige) handelingen van jonge kinderen van die aard zijn dat

46 P. Hamelink, ‘Over de ouderlijke aansprakelijkheid’, *De Verz.* 1978, p. 354, 18B.

47 De Tavernier 2006, p. 376-381, nr. 541-546.

48 S. Somers, ‘Het tegenbewijs van de goede opvoeding in het kader van de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders: een kwestie van fout, overmacht of van een eenvormige rechtsbedeling?’, *R.W.* 2015-16, p. 1261; De Tavernier 2006, p. 542.

49 Fagnart 1971, p. 80, nr. 89; F. Glansdorf & P. Legros, noot onder Rb. Brussel 20 februari 1970, *R.C.J.B.* 1974, 55; Hamelink 1978, p. 355, nr. 18B; A. Tunc, noot onder Brussel 20 februari 1970, *R.G.A.R.* 1974, 9353; H. Vandenberghe & P. Hamelink, ‘Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)’, *T.P.R.* 1980, p. 1301, nr. 135.

50 Guldix 1981, nr. 10290, p. 1*verso*.; R.O. Dalcq, ‘Traité de la responsabilité civile, I, Les causes de la responsabilité’, in: *Les Nouvelles, Droit civil*, V/1, Brussel: Larcier 1967, p. 534, nr. 1636.

zelfs het meest adequate toezicht het gedrag niet zou kunnen hebben beletten. Ten aanzien van oudere kinderen lijkt het causale verband tussen toezicht en gedrag, voor zover er van toezicht sprake is, in de meeste gevallen minder hypothetisch.⁵¹

Op grond van de voormelde kritiek is het voortbestaan van het dubbele tegenbewijs in de Belgische rechtspraak steeds meer onder druk komen te staan. Recent zijn er namelijk door het hof van beroep te Brussel een aantal uitspraken gewezen waarin – geïnspireerd door *Bertrand* – de voorkeur wordt gegeven voor een stelsel waarbij enkel overmacht een ouder van zijn aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zijn minderjarig kind zou ontlasten. Zo besliste de jeugdkamer van het Brusselse hof van beroep in een arrest van 25 oktober 2007 dat ‘de fictie van het dubbel foutvermoeden niet meer is aangepast aan de hedendaagse realiteit (...)’ en ‘dat aan de ouder die meent dat hij valt onder de uitzonderingsbepaling van artikel 1384 BW omdat hij de schadeverwekkende daad “niet heeft kunnen beletten” geen negatief bewijs moet worden gevraagd (van de afwezigheid van enige tekortkoming in de opvoeding en in het toezicht), maar een positief bewijs, namelijk het bewijs dat de schadeverwekkende onrechtmatige daad een externe oorzaak heeft die volledig buiten de invloedssfeer ligt waarin ouders via toezicht en opvoeding (...) over de daden van hun kinderen een impact kunnen hebben’.⁵²

Over het cassatieberoep tegen dit arrest sprak het Hof van Cassatie zich onder-tussen uit.⁵³ Uit dat arrest kon echter geen koerswijziging omtrent het toepasselijke aansprakelijkheidsstelsel (een objectieve aansprakelijkheid in plaats van een vermoeden van aansprakelijkheid) worden afgeleid, hetgeen bij sommige juristen de verzuchting ontlokte ‘que la Cour de cassation soit nouvellement saisie et invitée à prendre expressément position’⁵⁴ en dat het Hof van Cassatie zou kiezen voor de zo lang verwachte (‘tant attendue’)⁵⁵ hervorming.

Deze hervorming is er echter niet gekomen, wel integendeel. In een arrest van 4 maart 2015 bevestigde het Hof van Cassatie namelijk de klassieke opvatting dat de in art. 1384 lid 2 B.W. geregelde aansprakelijkheid van de ouders voor de schade die door hun kinderen is veroorzaakt, geen beginsel van objectieve aansprakelijkheid

⁵¹ De Tavernier 2012, p. 121, nr. 46.

⁵² Brussel 16 februari 2010, *RAJe* 2010, 12; Brussel 24 juni 2009, *J.T.* 2009, 616, m.nt. E. Montero en A. Pütz en *R.G.A.R.* 2009, nr. 14554, m.nt. C. Dalcq; Brussel 25 oktober 2007, *NJW* 2008, 128, m.nt. MR; Brussel 23 oktober 2007, *R.G.A.R.* 2010, nr. 14652. Zie over dit arrest E. De Kezel, ‘Ouderlijke aansprakelijkheid nieuwe stijl? Hof van beroep interpreteert artikel 1384, lid 2 BW à la Française’, *De Juristenkrant* 2008, afl. 165, 3; E. Montero & A. Pütz, ‘La responsabilité parentale: du neuf avec du vieux’, (noot onder Cass. 12 februari 2008), *J.T.* 2009, p. 613; V. Callewaert, ‘Les présomptions de responsabilité du fait d’autrui: la condition d’altérité et autres actualités’, *J.T.* 2010, p. 767-768; C. Mélotte, ‘La responsabilité du fait des enfants’, in: J. Wildemeersch & J. Loly, *Responsabilités autour et alentours du mineur*, Limal: Anthémis 2011, p. 172 e.v., nr. 108 e.v.

⁵³ Cass. 12 februari 2008, *J.T.* 2009, 613.

⁵⁴ Montero en Pütz 2009, p. 616.

⁵⁵ Ibidem.

vastlegt, maar dat het vermoeden van aansprakelijkheid dat door deze bepaling wordt ingevoerd, op een persoonlijke fout is gegrond. Om dat vermoeden te weerleggen, aldus het Hof van Cassatie, moeten de ouders aantonen dat de daad die hun aansprakelijkheid teweegbrengt, niet het gevolg is van een gebrek aan toezicht en evenmin van een tekortkoming in de opvoeding van hun minderjarig kind die hen kan worden verweten.⁵⁶

Met Stefan Somers kan wel de vraag worden gesteld of het arrest van 4 maart 2016 tot een eenvormige rechtsbedeling inzake de aansprakelijkheid van ouders voor schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen zal leiden. Ook al lijkt het Hof van Cassatie de voormelde maximalistische invulling van het vermoeden van aansprakelijkheid te hebben verlaten, toch bestaat de gegronde vrees dat de rechtspraak 'wel een uniforme taal zal hanteren, maar dat dit niet tot gevolg zal hebben dat soortgelijke geschillen daadwerkelijk op een soortgelijke manier beslecht kunnen worden'.⁵⁷

In de eerste plaats 'geeft het arrest weliswaar aan dat de rechters niet mogen oordelen dat de ouders hun aansprakelijkheid enkel mogen weerleggen door aan te tonen dat er geen overmacht is, maar omdat de overmacht het negatief is van het foutbegrip en omdat het Hof van Cassatie vereist dat de ouders aantonen dat zij geen fout hebben begaan, is deze uitspraak op het eerste gezicht enkel belangrijk om formalistische of semantische redenen. Rechters mogen overmacht geen overmacht noemen, maar kunnen het bewijs van het ontbreken van een fout in de toekomst op identieke wijze invullen, zonder dat het Hof van Cassatie hen hiervoor op de vingers tikt'.⁵⁸

In de tweede plaats is het verschil tussen een negatief bewijs (het ontbreken van een fout) en een positief bewijs (het aantonen van overmacht), aldus Somers, 'veeleer relatief. De reden hiervoor is dat een rechter bij het beoordelen van een zaak meer in het algemeen kan gebruik maken van de ervaringsregels die hij als mens en rechter kent (...). De gewone gang van zaken (...) zijn belangrijk omdat zij ertoe kunnen leiden dat de bewijslast aanzienlijk wordt verschoven (...). Door de gewone gang van zaken kan een positief bewijs in een negatief bewijs omgekeerd worden (...)'. Immers, bij een maximalistische invulling van het aansprakelijkheidsvermoeden 'zullen de ouders haast nooit aan hun aansprakelijkheid kunnen ontkomen omdat de gewone gang van zaken aangeeft dat een onrechtmatige daad wijst op een slechte opvoeding', terwijl bij een minimalistische invulling van het vermoeden 'de benadeelden, nadat de aangesproken ouders hebben aangetoond dat hun kinderen regelmatig school liepen, de haast onmogelijke opdracht moeten vervullen om aan

⁵⁶ Cass. 4 maart 2015, R.W. 2015-16, 1258, m.nt. S. Somers. Zie over dit arrest E. Montero, 'La responsabilité des père et mère: retour à l'orthodoxie?' (noot onder Cass. 4 maart 2015), *J.T.* 2015, p. 576-580.

⁵⁷ Somers 2016, p. 1262.

⁵⁸ Ibidem, p. 1263.

te tonen dat de aangesproken ouders wel een fout in de opvoeding hebben begaan'.⁵⁹

Met Somers kan dan ook worden besloten dat het arrest van 4 maart 2015 ertoe zou moeten leiden dat 'de rechters de ouders een reële mogelijkheid moeten bieden om een tegenbewijs te leveren' en dat 'de rechtspraak zich enigszins inschikkelijk opstelt bij het aanvaarden van het tegenbewijs van de goede opvoeding'. Indien zou blijken dat deze gewenste uniforme toepassing van art. 1384 lid 2 B.W. niet kan worden bereikt, rijst opnieuw de vraag of de wetgever niet moet ingrijpen door middel van de invoering van een objectief stelsel van aansprakelijkheid,⁶⁰ gekoppeld aan een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.⁶¹

4. Alcock

Mijn bezoek aan de schilderijtentoonstelling eindigt bij een Engels werk, *Alcock*.⁶² Het kunstwerk verbeeldt de ramp in het Hillsborough-stadion in Sheffield tijdens de halve finale van de FA-Cup tussen Liverpool en Nottingham Forest op 15 april 1989. Deze voetbalwedstrijd werd live uitgezonden via de televisie. Door een verkeerde beslissing van een *senior police officer* werd een te grote toestroom van mensen toegelaten in de vakken met Liverpool-supporters. Hierdoor raakte een groot aantal supporters gekneld op de tribune. Daarbij lieten 97 personen het leven en liepen meer dan 400 personen lichamelijk letsel op. In de nasleep van het drama dienden tal van nabestaanden een claim in tegen de *senior police officer* ter compensatie van de psychologische schade die zij hadden opgelopen door het zien of het vernemen van de dood van hun familielid of vriend(in). Eén van hen was Robert Alcock, die zijn zwager verloor. Ik citeer uit *Alcock*:

'Robert Alcock lost his brother-in-law. He was in the West Stand, with his nephew, the brother-in-law's son. He witnessed the scenes from the West Stand and was sickened by what he saw but was not then concerned for his brother-in-law whom he believed to be in the stand because, on the way to the match, he had swapped a terrace ticket which he held for a stand ticket. Tragically, however, the brother-in-law had, unknown to the plaintiff, returned to the terrace. After the match the plaintiff left the ground for a rendezvous with the brother-in-law who did not arrive. He and his nephew became worried and searched without success. At about midnight they

⁵⁹ Ibidem, p. 1263-1264.

⁶⁰ Hieromtrent stak ik in een bijdrage van 1999 zelf het vuur aan de lont: P. De Tavernier, 'Naar een objectieve aansprakelijkheid van de ouders voor de onrechtmatige daden van hun minderjarige kinderen? Beschouwingen bij het arrest "Bertrand" van het Franse Hof van Cassatie van 19 februari 1997', *R.W.* 1999-2000, p. 273-294.

⁶¹ Somers 2016, p. 1265.

⁶² *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992], 1 A.C. 310.

went to the mortuary where the plaintiff identified the body which was blue with bruising and the chest of which was red. The sight appalled him'

Uit de kunstcatalogus vernemen we dat *Alcock* gaat over de vergoeding van slachtoffers van psychische schade, ook wel aangeduid met *nervous shock*. Voor de vergoeding van dergelijke schade geldt een onderscheid tussen *primary victims* en *secondary victims*.⁶³ *Primary victims* zijn zij die daadwerkelijk in gevaar verkeerden dan wel redelijkerwijs hebben kunnen denken dat zij in gevaar waren (*participants*). Ten aanzien van hen is voorzienbaarheid van *personal injury* in het algemeen voldoende.⁶⁴ Voor *secondary victims*, dat wil zeggen degenen die het ongeluk slechts hebben gezien of ervan hebben vernomen, is de voorzienbaarheid van letsel in het algemeen niet voldoende, maar is vereist dat de *nervous shock* voor de aangesprokene voorzienbaar (*foreseeable*) was.⁶⁵ Met betrekking tot deze tweede categorie van slachtoffers is voorzienbaarheid van de psychische schade evenwel niet de enige voorwaarde voor aansprakelijkheid. In *Alcock* heeft de House of Lords namelijk bijkomende vereisten geformuleerd waaraan voldaan moet zijn opdat indirecte slachtoffers recht hebben op schadevergoeding voor de door hen geleden psychische schade: *emotional proximity, physical and temporal proximity and proximity of perception*.⁶⁶

Alvorens het precieze lot van Robert Alcock mee te delen, geef ik mijn gast een korte uitleg over deze vereisten en betrek daarbij – in voetnoot – de vereisten die de Hoge Raad der Nederlanden in het *Taxibus*-arrest voor de vergoeding van shock-schade heeft geformuleerd.

Eén (emotional proximity): er moet sprake zijn van een nabestaande die nauwe banden van liefde en genegenheid onderhield met de direct gekwetste.⁶⁷ Het House of Lords verwerpt 'any arbitrary qualifying by reference to particular relationships such as husband or wife or parent and child'.⁶⁸ Toch wordt veelal aangenomen dat aan de voorwaarde van *emotional proximity* is voldaan wanneer het

63 Zie over dit onderscheid P. Giliker, *Tort*, Londen: Sweet & Maxwell 2014, p. 144 e.v.; W.E. Peel & J. Goudkamp, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Londen: Sweet & Maxwell 2014, p. 131 e.v.

64 Zie J. Steele, *Tort Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: University Press 2007, p. 307: 'In the case of a primary victim, personal injury is foreseeable and a duty of care is easily established. That being the case, the kind of "personal injury" suffered is irrelevant.'

65 Ibidem: 'In a secondary victim case, there is no likelihood of physical impact involving the claimant. Thus, the only way that damage can foreseeably be done is through the psychiatric route, and foreseeability of injury by this route must be established.'

66 Zie over deze vereisten R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken*, Den Haag: BJu 2012, p. 256 e.v.; Peel & Goudkamp 2014, p. 134 e.v.

67 Peel & Goudkamp 2014, p. 134-135. In *Taxibus* lezen we dat de derde in beginsel een nauwe affectieve relatie heeft gehad met de overleden of gewonde persoon: HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken. Zie hierover Van Dam 2015, p. 133-134.

68 Peel & Goudkamp 2014, p. 134.

gaat om ouder-kindrelaties of relaties tussen echtgenoten.⁶⁹ Een dergelijk vermoeden bestaat niet ten aanzien van bijvoorbeeld broers, zussen, grootouders en vrienden.⁷⁰ Toch zijn deze partijen niet uitgesloten van vergoeding: bij ernstiger psychische schade is de toewijzing van een claim van iemand als Robert Alcock niet uitgesloten: is er sprake van een *close and loving relationship*, dan kan voorzienbaarheid worden aangenomen.⁷¹

Twee (physical and temporal proximity): dit vereiste gaat over de nabijheid ten opzichte van het ongeluk, zowel in tijd als in plaats: de derde moet getuige zijn geweest van het ongeval of van de *immediate aftermath* ervan.⁷² Onvoldoende *proximity* is aanwezig als de *nervous shock* is ontstaan ten gevolge van identificatie van de overleden naaste in het mortuarium meer dan acht uur na het ongeval.⁷³ Daarentegen werd bij een moeder die een uur na het ongeval in het ziekenhuis aankwam en de overige gezinsleden gewond en in totale ontreddeering aantrof, *proximity* wel aangenomen.⁷⁴ In het *Taxibus*-arrest was de Hoge Raad met betrekking tot dit vereiste van oordeel dat er slechts sprake is van een onrechtmatige daad jegens het indirecte slachtoffer als deze het ongeval heeft waargenomen of direct met de ernstige gevolgen ervan is geconfronteerd.⁷⁵

Drie (proximity of perception): de eiser moet het ongeluk of de *immediate aftermath* zelf hebben gezien of gehoord. Het is niet voldoende dat eiser er kennis van heeft dat een dierbare op de plaats van het ongeluk aanwezig is.⁷⁶ Dit vereiste lijkt sterk op de eis van *Taxibus* dat de waarneming van of de directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval de hevige emotionele schok heeft teweeggebracht.⁷⁷

Mijn bezoeker vraagt vol ongeduld naar het lot van Robert Alcock. Ik deel hem mee dat aan de voormelde vereisten niet was voldaan, onder meer op grond van het volgende. Met betrekking tot het eerste bijkomende vereiste (*emotional proximity*) was er, aldus Lord Keith of Kinkel, geen bewijs van ‘particularly close ties of love or affection with the brothers or brother-in-law. In my opinion the mere fact of the particular relationship was insufficient to place the plaintiff within the class of persons to whom a duty of care could be owed by the defendant as being

69 Giliker 2014, p. 146.

70 *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992], 1 A.C. 310. Zie daarover Van Dam 2000, p. 122.

71 Van Dam 2000, p. 122, met verwijzing naar B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: University Press 1999, p. 131-133.

72 Peel & Goudkamp 2014, p. 135-136. Zie hierover Van Dam 2000, p. 121. Vgl. de bewoordingen in *Taxibus*: de eiser heeft het ongeval waargenomen of is met de ernstige gevolgen ervan direct geconfronteerd.

73 *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992], 1 A.C. 310.

74 *McLoughlin v O'Brien* [1983], 1 A.C. 410.

75 *Taxibus*, r.o. 4.3. Hierover De Tavernier 2013, p. 1346.

76 Peel & Goudkamp 2014, p. 136.

77 De Tavernier 2013, p. 1346.

foreseeably at risk of psychiatric illness by reason of injury or peril to the individuals concerned'. In verband met de tweede bijkomende eis voor *duty of care* jegens Robert Alcock meende Lord Ackner dat 'Mr. Alcock identified his brother-in-law in a bad condition in the mortuary at about midnight, that is some eight hours after the accident. This was the earliest of the identification cases. Even if this identification could be described as part of the "aftermath," it could not in my judgment be described as part of the immediate aftermath.'

De bezoeker kijkt me verwonderd aan: wordt er werkelijk zo streng de hand gehouden aan het vereiste van rechtstreekse confrontatie met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden? Leidt dit criterium niet tot arbitraire beslissingen? Het kan toch gebeuren dat iemand psychisch letsel oploopt door de confrontatie met zijn geliefde in het ziekenhuis, maar de tijdswaarneming onverbiddelijk aangeeft dat de confrontatie te laat heeft plaatsgevonden?⁷⁸ Hij voegt er kernachtig aan toe: 'Should liability depend upon a race with the ambulance?'⁷⁹ Ik deel deze bezorgdheid, maar ben verplicht hem mee te delen dat in Nederland pogingen van feitenrechters om het confrontatievereiste minder strikt te interpreteren of zelfs te negeren,⁸⁰ door de Hoge Raad telkens opnieuw een halt werden toegeroepen, bijvoorbeeld in het *Vilt*-arrest, waarin hij oordeelde dat het bij de vergoeding van psychische schade om een uitzondering op het wettelijk stelsel gaat en dat deze daarom alleen onder strikte voorwaarde kan plaatsvinden. Een afzwakking van de eis van de directe waarneming in verband met de aard of ernst van de normschending, is daarom niet op zijn plaats.⁸¹

*

Onze *Promenade* loopt ten einde. 'Wat vond u eigenlijk van deze expositie?', krijg ik als vraag toegeworpen. Ik doe een poging beknopt te blijven. Over *Gibson v Gibson* geef ik mee dat ik geen voorstander ben van een of andere vorm van *family bounds immunity*. Wel beschouw ik de familieband als een concrete omstandigheid die het voor de rechter mogelijk maakt in elk concreet geval te beslissen of een aansprakelijkheidsvordering tussen de familieleden juridisch toelaatbaar is.⁸² Wat *the Doering Kids* betreft, pleit ik voor de Nederlandse aanpak in *Boon/Prenger*.

⁷⁸ Van Dam 2015, p. 138.

⁷⁹ M. Jones, 'Liability for psychiatric damage: searching for a path between pragmatism and principle', in: J.W. Neyers et al. (red.), *Emerging issues in tort law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 123. Zie ook J. Stapleton, 'In restraint of tort', in: P. Birks, *Restraint of Tort (Frontiers of Liability)* Vol. 2, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 83-102. Zie hierover Rijnhout 2012, p. 264.

⁸⁰ Zie bijv. Rb. Arnhem 16 april 2008, *NJF* 2008/238 en *JA* 2008, m.nt. R. Rijnhout (*Bradaric*).

⁸¹ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken; *VR* 2010/3 (*Vilt*). Zie daarover onder meer Van Dam 2015, p. 138.

⁸² Weyts 2003, p. 244, nr. 275. In dezelfde zin A. Van Oevelen, 'Enige aspecten van de aansprakelijkheid jegens kinderen', in: M. Coene (red.), *Het statuut van het kind*, Brussel: Ced. Samsom 1980, p. 171-172.

Als meerdere daders ten tonele verschijnen, zijn deze ieder voor het geheel aansprakelijk tegenover de kinderen.⁸³ Dit voorkomt dat de kinderen, teneinde hun gehele schade vergoed te krijgen, ook hun eigen ouder moeten aanspreken tot vergoeding en vervolgens het risico van geldelijk onvermogen van die ouder dragen.⁸⁴ Over *Bertrand* ben ik voorzichtig in mijn oordeel. In 2006 pleitte ik nog voor een variant van de Nederlandse aanpak, namelijk een objectieve aansprakelijkheid van de zorgplichtige voor schade veroorzaakt door een minderjarige jonger dan twaalf jaar en het behoud van het huidige stelsel van foutaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast voor kinderen vanaf twaalf jaar. Anno 2016 meen ik in verband met *Bertrand* dat de kwestie niet alleen binnen het aansprakelijkheidsrecht zelf moet worden opgelost, maar dat onderzocht moet worden of er maatschappelijke bereidheid én aanvaardbare financiële mogelijkheden bestaan om het risico van schade door minderjarigen geheel of gedeeltelijk te spreiden over een bepaalde groep eerder dan haar te verschuiven naar een individueel aansprakelijke. In verband met *Alcock* liggen er meerdere opties open.⁸⁵ Ik noem er slechts één: kan de aard of ernst van de normschending niet meebrengen dat één van de toepassingsvoorwaarden, namelijk het *proximity*-vereiste of, volgens *Taxibus*, de waarneming van het ongeval c.q. de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, terzijde kan worden geschoven?⁸⁶

Ik ben benieuwd naar de visie van Henk Snijders omtrent deze kwesties.

83 A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 85. Zie P. Ribbers, Annotatie bij *Doering v. Copper Mountain, Inc.*, 259 F.3d 1202, 1213 (10th Cir. 2001), p. 7.

84 A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel 2013, p. 106 en Ribbers, p. 7.

85 Zie hierover bijv. C. Witting, *Street on Torts*, Oxford University Press 2012, p. 75.

86 De Tavernier 2013, p. 1348.

Toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs in Nederland: *Quis custodiet ipsos custodes?*

Eline Verhage en Pauline Ribbers¹

I. Inleiding

Het Europese recht heeft zich de afgelopen decennia in een sneltreinvaart ontwikkeld, met alle gevolgen van dien voor de nationale rechtsorde. In het kader van de effectuering van materieel EU-recht op lidstaatsniveau speelt de overheidsrechter een belangrijke rol.² De overheidsrechter is evenwel niet de enige geschilbeslechter; buitengerechtelijke geschilbeslechting in de vorm van arbitrage en bindend advies wint gestaag terrein.³ De vraag rijst welke speelruimte arbiters en/of bindend adviseurs in hun procedures hebben wanneer zij geconfronteerd worden met vragen van Europees recht. Waar de overheidsrechter immers kan terugvallen op het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie om EU-recht ‘correct te kunnen toepassen’,⁴ staat een dergelijke mogelijkheid in beginsel niet open voor arbiters en bindend adviseurs. Toch is het niet ondenkbaar dat deze geschilbeslechters (al dan niet vrijwillig) geconfronteerd worden met (vragen over) de toepassing van Unierecht. In bepaalde gevallen kunnen zij zelfs verplicht zijn toepassing van Europees recht in de procedure te bewaken. Wie controleert dan de juistheid van hun toepassing? Of, zoals de Romeinse dichter Juvenalis zo’n tweeduizend jaar geleden sprak: *Quis custodiet ipsos custodes?*⁵ Dan wel, vertaald naar de 21^e eeuw, in de woorden van onze promotor Henk Snijders: ‘*Who watches the watchmen?*’

¹ Mr. E.N. Verhage en mr. P.L.F. Ribbers zijn sinds september 2014 respectievelijk september 2015 als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Burgerlijk Recht van de Universiteit Leiden en promovendae van prof. mr. H.J. Snijders. De auteurs danken Marte Knigge voor het kritisch (door)lezen van deze bijdrage.

² Vgl. HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*), r.o. 16.

³ Vgl. voor de situatie in Nederland: M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Lemma 2015.

⁴ Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *Publicatieblad C* 338, 6 november 2012.

⁵ D.J. Juvenalis, *Satiren VI*, regels 347/348.

In deze bijdrage zal worden bekeken in hoeverre gekomen kan worden tot een ‘correcte toepassing’ van EU-recht door arbiters en bindend adviseurs in Nederland. Hiertoe wordt allereerst besproken in hoeverre er sprake is van (een verplichte) toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs (par. 2). In het verlengde hiervan komt de huidige gang van zaken aan bod met betrekking tot de controle op een juiste toepassing van EU-recht in arbitrage- en bindend adviesprocedures (par. 3). Tot slot wordt bekeken op welke wijze arbiters en bindend adviseurs zouden kunnen omgaan met vragen naar de correcte toepassing van Europees recht (par. 4). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 5).

2. Verplichte toepassing van EU-(consumenten)recht door arbiters en bindend adviseurs

2.1. Europees kader

De Europese Unie heeft tot op heden weinig tot niets gedaan aan harmonisatie op het gebied van (nationaal) arbitragerecht (par. 2.2).⁶ Deze beperkte aandacht voor Europese inmenging in de arbitragewereld staat in schril contrast met de diverse maatregelen die de Europese wetgever de afgelopen twee decennia heeft genomen teneinde het gebruik van *Alternative Dispute Resolution* (ADR) voor consumentenzaken te stimuleren.⁷ In Nederland wordt sinds de jaren ‘70 van de vorige eeuw een groot aantal consumentengeschillen buitengerechtelijk afgewikkeld via de (typisch) Nederlandse⁸ bindend adviesprocedure.⁹ In deze bijdrage is, wat betreft de subparagrafen aangaande het bindend advies, de geïnstitutionaliseerde variant van de bindend adviesprocedure voor consumentenzaken zoals die hoofdzakelijk wordt gehanteerd door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC),

6 Wellicht een ‘gemiste kans’ voor de EU bij deerschikking van de EEX-verordening (vgl. considerans 12 van de verordening), zie nader: M. Moses, ‘Arbitration/Litigation Interface: The European Debate’, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2014/1. Vgl. F.J.M. De Ly, ‘Herschikking van de EEX-Verordening en arbitrage – deel I’, *TvA* 2015/67.

7 Zie o.a. Groenboek ‘De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt’, COM (93) 576, Aanbeveling 98/257/EG betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van Consumentengeschillen, *PbEG* L 115, Aanbeveling 2001/310/EG met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, *PbEG* L 109/56 en Mededeling van de Commissie over ‘verruiming van de toegang voor consumenten tot alternatieve geschillenbeslechting’, COM (2001) 161 def.

8 Snijders wijst in zijn bijdrage ‘Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated’, AA 2002, afl. 7/8, p. 492 op het Duitse *Schiedsgutachten* en de Italiaanse *arbitrato irrituale* als rechtsfiguren die overeenkomsten vertonen met het Nederlandse bindend advies.

9 E.H. Hondius, ‘De geschillencommissies’, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 525-546.

het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) en de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) van belang.¹⁰ Aanvankelijk bediende de Uniewetgever zich uitsluitend van *soft law*-maatregelen – zoals bijvoorbeeld een tweetal Aanbevelingen¹¹ – om het buiten de rechter om afwikkelen van consumentengeschillen te stimuleren. Deze *soft law*-maatregelen brachten voor de buitengerechtelijke geschilbeslechtsinstanties een aanbeveling met zich om het door dwingend recht gewaarborgde niveau van (consumenten)bescherming te garanderen, maar geen verplichting.¹² Met de uitvaardiging in 2013 van Richtlijn 2013/11/EU inzake alternatieve beslechting voor consumentenzaken (ADR-richtlijn)¹³ is hier verandering in gekomen.¹⁴ Zo verplicht het in art. 11 ADR-richtlijn verankerde ‘wettigheidsprincipe’¹⁵ de lidstaten ertoe om in buitengerechtelijke procedures, waarin de consument een oplossing krijgt opgelegd door een onafhankelijke derde, het in dwingend recht gewaarborgde niveau van bescherming aan de consument te verzekeren. Of art. 11 ADR-richtlijn ook verplicht tot toepassing van dwingend Europees recht in ADR-procedures die de consument een oplossing opleggen, komt nader aan de orde in paragraaf 2.3.

2.2. Arbitrage¹⁶

Het loyaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in art. 4 lid 3 VEU, verplicht lidstaten van de Europese Unie tot handhaving van Europees recht op hun grondgebied. Uit dit

¹⁰ Zie www.degeschillencommissie.nl; www.kifid.nl; en www.skgz.nl voor algemene informatie over deze instanties die consumentenzaken buitengerechtelijk afwikkelen.

¹¹ Aanbeveling 98/257/EG betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van Consumentengeschillen, *PbEG* L 115, Aanbeveling 2001/310/EG met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, *PbEG* L 109/56.

¹² Het principe van wettigheid was voorheen opgenomen in art. V Aanbeveling 98/257/EG (zie supra noot 11) en heeft door opname daarvan in de ADR-richtlijn een bindend karakter gekregen. Zie ook overweging (37) preambule ADR-richtlijn.

¹³ Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) Nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (ADR-richtlijn), *PbEU* L 165/63.

¹⁴ De ADR-richtlijn is complementair aan Verordening (EU) Nr. 524/2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen (ODR-verordening). ODR staat voor *Online Dispute Resolution*. De ODR-verordening komt in deze bijdrage niet aan bod.

¹⁵ Opgemerkt zij dat in het voorstel van de ADR-richtlijn het wettigheidsprincipe niet was opgenomen. Het principe is later, tijdens de parlementaire beraadslaging rondom de richtlijn, alsnog toegevoegd aan de definitieve tekst van de richtlijn.

¹⁶ In deze bijdrage zal het perspectief voor wat investeringsarbitrage betreft in beginsel buiten beschouwing worden gelaten. Zie hieromtrent nader bijv. R. Atkinson, ‘Mackenzie-Stuart Lecture 2016: Investment Arbitration and EU Law – Juliane Kokott’, *Kluwer Arbitration Blog* 11 maart 2016 en J. Basedow, ‘EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice’, *Journal of International Arbitration* 2015/4.

beginsel vloeit impliciet voort dat overheidsrechters verplicht zijn om ‘Europeesrecht conform’ recht te spreken.¹⁷ In tegenstelling tot overheidsrechters van EU-lidstaten, zijn arbiters niet gebonden aan het Europeesrechtelijke loyaliteitsbeginsel.¹⁸ Arbiters hoeven in een internationale arbitrageprocedure in beginsel immers niet loyaal te zijn aan het rechtsstelsel van één staat.¹⁹ Toch is het niet ondenkbaar dat arbiters in sommige procedures geconfronteerd worden met Europees recht; vrijwillig of onvrijwillig. Hoewel een arbitrageovereenkomst in Nederland niet mag leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen ‘welke niet ter vrije bepaling’ van de partijen staan (art. 1020 lid 3 Rv), wordt verdedigd dat arbitrage wel toelaatbaar is voor zaken waar recht van openbare orde ‘mee gemoeid is’.²⁰ In het verlengde hiervan heeft het Hof van Justitie overwogen dat bepaalde vragen van Europees recht in beginsel aan arbitrage onderworpen kunnen worden.²¹ Op grond van het beginsel van de partijautonomie zouden partijen dan ook de toepasselijkheid van Europees recht kunnen overeenkomen in hun arbitrageprocedure. Deze partijautonomie heeft echter wel een keerzijde: het is partijen niet toegestaan de

17 H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer* (diss. UVA) 2011, p. 27-28: onder verwijzing naar: HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*), r.o. 21. Vgl. art. 19 VEU en art. 267 VWEU.

18 Zie voor de in casu niet nader behandelde vraag in hoeverre arbiters gebonden zijn aan rechtspraak van het Hof van Justitie: J. Kolber, ‘The relationship between arbitrators and the administrative and judicial organs of the EU’, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2011/3.

19 Vgl. N. Shelkopyas, *The application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 261-267 en U.S. Supreme Court 2 juli 1985, 473 U.S. 614, nr. 83-1569 (*Mitsubishi Motors Corp./Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*): ‘(...) the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties.’

20 Aldus: H.J. Snijders, ‘“Rond de arbitrage met name in bouwzaken”, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht’, in: H.J. Snijders & S.L. Buruma, *Bouwarbitrage en de civiele rechter*, Deventer: Kluwer 1995, p. 54.

21 Vgl. voor Europees mededingingsrecht: HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*) en voor Europees consumentenrecht: HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*) en HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*).

toepassing van dwingend Europees recht te omzeilen middels een rechtskeuzebeding voor (de jurisdictie van) een niet-EU-lidstaat.²²

De vraag of arbiters (ambtshalve²³) gehouden zijn Europees recht toe te passen, laat zich evenwel niet makkelijk beantwoorden. Toch lijkt het gerechtvaardigd om aan te nemen dat arbiters in bepaalde gevallen Europees recht (ambtshalve) dienen toe te passen.²⁴ Het Hof van Justitie onderstreepte in 1982 dat het gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle lidstaten ‘volledig’ nageleefd moet worden.²⁵ Het wordt dan ook verdedigd dat arbiters (ambtshalve) gehouden zijn Europees recht toe te passen, mits dit recht onderdeel uitmaakt van het van toepassing zijnde (nationale) recht in de arbitrageprocedure.^{26, 27} Deze gedachtegang kan nader ondersteund worden met een beroep op twee beginselen die een rol spelen in de Europese rechtsorde: voorrang en directe werking van EU-recht.²⁸ Een andere gedachtegang die rechtvaardiging zoekt voor (verplichte) toepassing van Europees recht door arbiters hangt samen met een tweetal ‘sanctionerende’ instrumenten dat beschikbaar is voor overheidsrechters. Enerzijds kan een arbitrale uitspraak middels een

22 HvJ EG 9 november 2000, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605 (*Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc*). Vgl. op nationaal (Engels) niveau: High Court 30 oktober 2009, EWHC 2655 (QB) (*Accentuate Ltd/ASIGRA Inc*), r.o. 72: ‘(...) Where an arbitration clause purports to apply a foreign law which does not give effect to a mandatory provision of EU law, then the agreement to arbitrate is void and the parties are not “party to an arbitration agreement” within the meaning of the Arbitration Act 1996 (...)’.

23 In de zin van het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden (vgl. art. 25 Rv, A.M. van Aerde, ‘Europees recht en het stelsel van art. 24 en 25 Rv’, *MvV* 2009/6, p. 133-141 en voetnoot 24).

24 In *Eco Swiss/Benetton* laat het Hof van Justitie de behandeling van een prejudiciële vraag of arbiters gehouden zijn tot ambtshalve toepassing van art. 81 EG (oud) achterwege (r.o. 42). In het licht hiervan is allicht onduidelijk waarom het Hof van Justitie – onder verwijzing naar *Eco Swiss/Benetton* – zowel in HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands BV e.a./Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*), r.o. 49 als in HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), r.o. 31 opmerkt dat art. 81 EG (oud) een bepaling van openbare orde is die door de nationale rechter ‘ambtshalve’ moet worden toegepast. In het kader van deze bijdrage zal overigens niet nader worden ingegaan op de vraag in hoeverre de rechtsregel(s) van HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*) van overeenkomstige toepassing te verklaren is (zijn) op arbitrageprocedures (vgl. art. 24 Rv).

25 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*), r.o. 14 onder verwijzing naar HvJ EG 6 oktober 1981, C-246/80, ECLI:EU:C:1981:218 (*Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*).

26 Zie o.a. de conclusie van Advocaat-Generaal A. Saggio van 25 februari 1999 bij C-126/97, ECLI:EU:C:1999:97 (*Eco Swiss/Benetton*), sub 21, Snijders 1995, p. 58 en C.M. Schmitthoff, ‘Arbitration and EEC Law’, *Common Market Law Review* 1987/2, p. 144-145.

27 Dat een dergelijke gehoudenheid niet afhankelijk is van de vraag of arbiters (ingevolge de Nederlandse Arbitragewet) ‘naar de regelen des rechts’ beslissen (art. 1054 lid 1 Rv) dan wel ‘als goede personen naar billijkheid’ (art. 1054 lid 3 Rv), zou men kunnen afleiden uit HvJ EG 27 april 1994, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171 (*Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij*), r.o. 23.

28 *Shelkopyas* 2003, p. 305-307.

geslaagd beroep op de openbare orde exceptie vernietigd worden (Nederland: art. 1065 lid 1 sub e Rv) wegens strijd met dwingend Europees recht,²⁹ anderzijds kan de tenuitvoerlegging van de uitspraak geweigerd worden (Nederland: art. 1063 en 1076 Rv). Verdedigd wordt dat uit deze ‘sanctionerende’ instrumenten afgeleid zou kunnen worden dat arbiters een zekere ‘instructie’ van de wetgever hebben gekregen een niet-vernietigbaar of een ten uitvoer te (kunnen) leggen vonnis te wijzen.³⁰ ³¹ Op grond van deze gedachtegang zijn arbiters in zoverre gehouden Europees recht toe te passen om te voorkomen dat hun uitspraak *ex post*, wegens strijd met EU-recht, vernietigd wordt of tenuitvoerlegging ervan geweigerd wordt. Evenwel speelt een beroep op de openbare orde exceptie in de (nationale) Nederlandse procesrechtelijke context louter een rol in geval van ‘uiterst fundamenteel recht van materiële of formele aard’.³² De vraag bij de tweede gedachtegang is dan ook of, en zo ja welk(e bepalingen van), Europees recht onder deze noemer geschaard zou(den) kunnen worden (zie nader par. 3.2).³³

2.3. Bindend advies

In het kader van de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen kan eveneens verdedigd worden dat bindend adviseurs gehouden zijn toepassing te geven aan EU-recht.³⁴ Dit enerzijds op basis van de beginselen van voorrang en directe werking³⁵ van Europees recht; anderzijds via analoge toepassing in de bindend adviesprocedure van het door het Hof van Justitie onderstreepte uitgangspunt dat gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle

²⁹ Vgl. HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*), r.o. 37.

³⁰ Vgl. E.J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 291: er wordt in dit opzicht gesproken van een ‘indirecte verplichting tot ambtshalve toepassing’ (p. 294). Zie voorts: H.J. Snijders in zijn noot bij HR 25 februari 2000, NJ 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*). Vgl. M. Platte, ‘An Arbitrator’s Duty to Render Enforceable Award’s’, *Journal of International Arbitration* 2003/3, p. 307-313.

³¹ Vgl. G.J. Horvath, ‘The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award’, *Journal of International Arbitration* 2001/2, p. 135-158 en art. 41 *ICC Rules of Arbitration* (2012).

³² Zie de noot van H.J. Snijders bij HR 21 maart 1997, NJ 1998/207 bij (*Eco Swiss/Benetton*).

³³ C. Liebscher, ‘European Public Policy – A Black Box’, *Journal of International Arbitration* 2000/3, p. 78: ‘Not all rules of European law pertain to public policy (...)’.

³⁴ Een aanname die ondersteund wordt door bijv. de uitspraak (bindend advies) van de Commissie van Beroep van het Kifid d.d. 6 oktober 2014 (2014-031). In overweging 4.3 van voornoemd bindend advies is de zinsnede opgenomen: ‘Een behoorlijke procesorde brengt (...) mee, mede in aanmerking genomen de ook voor de Geschillencommissie geldende verplichting de volle werking van het Unierecht te verzekeren (...)’ (curs. EV/PR). Zie ook de SKGZ-congresbundel ‘Europa en de Nederlandse zorgverzekering’ (2010), te raadplegen via: www.skgz.nl/docs/skgz_congresboek.pdf.

³⁵ Zie par. 2.2.

lidstaten ‘volledig’ moet worden nageleefd.³⁶ Interessant is dat de Europese wetgever met de recente uitvaardiging van de ADR-richtlijn, en in het bijzonder art. 11 daarvan, zelf nader richting heeft gegeven aan het toepassen van EU-recht in de Nederlandse bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen. Hierover dadelijk meer.

In de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen kan men op grond van bovenstaande welhaast niet meer om de invloed van Europees (consumenten)recht heen. Dit recht maakt in principe thans ook deel uit van het beslissingskader aan de hand waarvan de bindend adviseur een bindend advies in een voorgelegd consumentengeschil geeft. *In principe*, want vóór de uitvaardiging van de ADR-richtlijn was van een wettelijke verankering van de beslissingsmaatstaf aan de hand waarvan bindend adviseurs in consumentengeschillen een bindend advies moesten geven geen sprake.³⁷ Het niet voorhanden zijn van een dergelijke wettelijke regeling bood de Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken enige flexibiliteit om via eigen procesreglementen o.a. de beslissingsmaatstaf van de bindend adviesprocedure zelf in te vullen. Een mooi voorbeeld van het zelf invullen van de beslissingsmaatstaf bieden de procesreglementen van de SGC-geschillencommissies. De geschillencommissies onder de koepel van de SGC hanteren niet ‘de wet’, maar de ‘redelijkheid en billijkheid’ als beslissingsmaatstaf.³⁸ Naast voornoemde flexibiliteit om de bindend adviesprocedure zelf in te vullen, hadden partijen en de bindend adviseurs in deze procedure bovendien een ruime vrijheid om ter beslechting van een bestaand geschil af te wijken van de regels van aanvullend recht en zelfs ook van de regels van *dwingend recht* conform art. 7:902 BW.³⁹

Aanvankelijk liep de hierboven geschetste Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken geheel in de pas met het Europese beleid inzake het buiten de rechter om afwikkelen van consumentengeschillen (zie par. 2.1). De uitvaardiging van de ADR-richtlijn laat de Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken echter niet onverlet. In het bijzonder het ‘wettigheidsprincipe’⁴⁰ van art. 11 lid 1 sub a⁴¹ is voor deze bijdrage relevant. Deze bepaling luidt:

36 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*), r.o. 14 onder verwijzing naar HvJ EG 6 oktober 1981, C-246/80, ECLI:EU:C:1981:218 (*Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*).

37 P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 61.

38 Ernste 2012, p. 61 en M.W. Knigge, ‘Procederen bij een geschillencommissie na implementatie van de ADR-richtlijn. Een onderzoek naar het gewijzigde wettelijke kader’, *TvC* 2015/5, p. 256-257.

39 I. Brand, ‘De invloed van Europees recht op alternatieve wijzen van geschillenbeslechting (ADR)’, *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 209. Art. 7:902 BW luidt: ‘Een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.’

40 Zie voor deze term par. 2.1.

41 Onderdelen b en c van art. 11 ADR-richtlijn betreffen situaties waarop de Rome I-Vo. resp. het EVO van toepassing zijn en zullen, gezien het beperkte bestek van deze bijdrage, niet worden behandeld.

‘De lidstaten zorgen ervoor dat in ADR-procedures die erop gericht zijn het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen (...) wanneer er geen collisie is, de opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het recht van de lidstaat waar de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats hebben.’

Met het ‘wettigheidsprincipe’ van art. 11 ADR-richtlijn geeft de Uniewetgever uitdrukkelijk aan dat lidstaten ervoor zorgen dat de consument in ADR-procedures die uitmonden in een *bindende beslissing* niet de bescherming van dwingend recht mag mislopen.⁴² ADR-procedures ter afwikkeling van consumentengeschillen die uitmonden in een bindende beslissing zijn bijvoorbeeld consumentenarbitrage, maar ook de bindend adviesprocedure bij de SGC, het Kifid en de SKGZ. De bindend adviesprocedure bij voornoemde instanties mondt vrijwel⁴³ altijd uit in een voor de consument bindende beslissing.⁴⁴

De ADR-richtlijn is in Nederland geïmplementeerd middels de op 9 juli 2015 in werking getreden Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (hierna: Implementatiewet).⁴⁵ Art. 10 lid 1 sub a Implementatiewet neemt art. 11 ADR-richtlijn vrijwel ongewijzigd⁴⁶ over en luidt:

‘In procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting die erop gericht zijn het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen, mag de oplossing er niet toe leiden dat voor de consument de bescherming weg valt van (...) de bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van

⁴² Kamerstukken II 2013-2014, 33 982, nr. 3, p. 21.

⁴³ Met het oog op het in art. 6 EVRM jo. art. 17 Gw gewaarborgde recht op toegang tot de overheidsrechter is het al dan niet bindende karakter van een door de Geschillencommissie van het Kifid en de SKGZ gewezen bindend advies aan de discretie van de financiële dienstverlener, de zorgverzekeraar resp. de consument. Het bindend advies gewezen door de Geschillencommissie van het Kifid en de SKGZ is enkel bindend voor de financiële dienstverlener resp. zorgverzekeraar indien deze heeft aangegeven het bindend advies daadwerkelijk als ‘bindend’ te aanvaarden. De consument kan in het verlengde hiervan eveneens kiezen of hij het bindend advies als bindend of als niet-bindend aanvaardt. Zie hieromtrent bijv. art. 3 lid 2 Reglement Geschillencommissie Zorgverzekeringen d.d. 9 juli 2015.

⁴⁴ Zie Kamerstukken II 2013-2014, 33 982, nr. 3, p. 21.

⁴⁵ Wet van 16 april 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG 9 en uitvoering van de Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten), *Stb.* 2015, 160.

⁴⁶ C.M.D.S. Pavillon, ‘Geschillencommissies en dwingend recht, Over de gevolgen van een door de ADR-richtlijn gedwongen huwelijk’, *TvC* 2015/5, p. 241.

het Nederlandse recht, indien de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats respectievelijk plaats van vestiging in Nederland hebben.'

Opgemerkt zij dat dit eerste lid van art. 10 Implementatiewet niet expliciet de mogelijkheid uitsluit om conform art. 7:902 BW in het kader van een vaststellingsovereenkomst af te wijken van dwingend recht. De Nederlandse wetgever heeft daarom een tweede lid aan art. 10 Implementatiewet toegevoegd, waarin art. 7:902 BW buiten werking wordt gesteld voor onder de Implementatiewet vallende vaststellingen. Dit tweede lid bepaalt dat op procedures tot buitengerechtelijke geschilbeslechting, die beslecht worden door een vaststelling als bedoeld in art. 7:900 BW, de uitzondering van art. 7:902 BW niet van toepassing is. Beslissingen in strijd met dwingend recht genomen in bindend adviesprocedures die onder het bereik van de Implementatiewet vallen, zijn dan ook niet langer geldig op grond van art. 7:902 BW.⁴⁷ Daar de SGC, het Kifid en de SKGZ alle drie (in meer of mindere mate)⁴⁸ het bindend advies als ADR-procedure hanteren – en deze instanties ook aangemeld zijn bij de Europese Commissie als instanties die onder het bereik van de ADR-richtlijn functioneren⁴⁹ – is het wettigheidsprincipe van art. 10 Implementatiewet voor de Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken gewichtig.⁵⁰ Art. 10 Implementatiewet kan worden beschouwd als de wettelijke 'ondergrens' van de beslissingsmaatstaf van alternatieve geschilbeslechtsprocedures die uitmonden in een voor de consument bindende beslissing. In Nederland zal deze nieuwe wettelijke invulling van de beslissingsmaatstaf van de consumenten bindend adviesprocedure met name drukken op het systeem van de SGC. Eerder in deze paragraaf is immers aangekaart dat de onder de SGC ressorterende geschillencommissies niet 'de wet', maar de 'redelijkheid en billijkheid' als beslissingsmaatstaf hanteren. Deze beslissingsmaatstaf laat zich lastig verenigen met de aanwijzing van de SGC als instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting onder de Implementatiewet.⁵¹ De SGC dient op grond van deze 'status' consumenten conform art. 10 Implementatiewet de bescherming van dwingend recht te verzekeren. De SGC-procesreglementen verdienen op dit punt dan ook aanpassing.

47 Knigge 2015, p. 257. Zie voor een nadere uitwerking van de gevolgen van het buitenspel zetten van art. 7:902 BW via art. 10 lid 2 Implementatiewet: Pavillon 2015, p. 240-241 en Knigge 2015, p. 257-260.

48 De SGC, het Kifid en de SKGZ maken gebruik van triage. Dit houdt in dat door de desbetreffende instantie wordt getracht het consumentengeschil eerst via informele ADR-procedures af te wikkelen, voordat de bindend adviesprocedure om de hoek komt kijken. Informele ADR-procedures die de instanties hanteren zijn bijv. de Ombudsmanprocedure bij het Kifid en de SKGZ, die uitmondt in een niet-bindende beslissing, maar ook het inweven van deskundigenbemiddeling in de bindend adviesprocedure bij de SGC.

49 Zie hieromtrent art. 16 Implementatiewet, *Stcrt.* 2015, 45980 (SGC); *Stcrt.* 2015, 19487 (Kifid); *Stcrt.* 2015, 19094; en *Stcrt.* 2015, 19487 (SKGZ).

50 In gelijke zin Knigge 2015, p. 257.

51 Art. 1 lid 1 sub h jo. art. 16 Implementatiewet.

Kan de centrale vraag van deze paragraaf (dienen bindend adviseurs EU-recht toe te passen?) onder het regime van art. 10 Implementatiewet positief worden beantwoord? Wij denken van wel, ondanks dat het toepassen van EU-recht niet *expliciet* uit art. 10 Implementatiewet voortvloeit. De bepaling spreekt immers van ‘de bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het *Nederlandse recht* (curs. EV/PR)’. In het kader van consumentengeschillen is het echter zo dat veel Nederlands recht een Europese oorsprong heeft. Wij zullen ons voor wat deze bijdrage betreft beperken tot de (bespreking van de) doorwerking van dwingend Europees consumentenrecht in de consumenten bindend adviesprocedure. De inzet van veel consumentengeschillen vormt immers veelal onenigheid tussen partijen over de toepassing van een of meerdere (materiële) consumentenrechten. Het merendeel van deze aan de consumenten toegekende materiële rechten is van Europese origine. Het Europese consumenten *acquis communautaire* omvat een groot aantal richtlijnen (maar ook enige verordeningen)⁵² die consumenten beogen te beschermen en hun rechten toebedelen op het gebied van onder meer oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, consumentenkrediet en oneerlijke handelspraktijken.⁵³ Dit materieel Europees consumentenrecht kan worden beschouwd als ‘dwingend recht’.⁵⁴ Via de rechtstreekse doorwerking van *dwingend* materieel Europees consumentenrecht in de Nederlandse rechtsorde (middels verordeningen), dan wel via nationale implementatiewetgeving (middels richtlijnen) valt dergelijk recht dus binnen de scope van art. 10 Implementatiewet.⁵⁵ Op grond van art. 10

52 Zie bijv. Verordening 524/2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen (ODR-verordening) *PbEU* L 165/1 en Verordening (EG) Nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEG* L 364/1.

53 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* L 95 van 21 april 1993, p. 29), Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (*PbEU* L 133/66), Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) Nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* L 149/22.

54 Zie Pavillon 2015, p. 242-246, M.B.M. Loos, ‘Access to Justice in Consumer Law’, *RdW* 2015 (36) 3, p. 113. De aanname dat Europees consumentenrecht dwingend recht (of gelijk daaraan) is, vindt eveneens steun in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie o.a. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito*); HvJ EU 16 november 2010, C-76/10, ECLI:EU:C:2010:685 (*Pohotovost*), r.o. 50; HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*) en HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575 (*Rampion en Godard*).

55 Een andere interessante vraag waar in deze bijdrage niet op zal worden ingegaan is of ook

Implementatiewet is de bindend adviseur kortom wettelijk gehouden om in ruime mate toepassing te geven aan (in ieder geval) dwingend Europees consumentenrecht.⁵⁶ Punten die in het verlengde van deze gedachtegang voorts nadere aandacht verdienen zijn enerzijds de vraag wie de juiste toepassing van art. 10 lid 1 Implementatiewet in de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen controleert en anderzijds de vraag of de bindend adviseur (procesrechtelijk) wel toegerust is om het Europees (consumenten)recht correct toe te passen. Op deze twee punten zal in paragraaf 3.3 nader worden ingegaan.

3. *Ex post* controle door de overheidsrechter van de toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs

3.1. Algemeen

De Europese Unie heeft geen eigen procesrecht. Derhalve zal handhaving van en toezicht op toepassing van Europees recht in beginsel op nationaal (lidstaat)niveau plaatsvinden. Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak een tweetal beginselen onderscheiden ter waarborging van de toepassing van Europees recht door de nationale overheidsrechter. Enerzijds wordt het gelijkwaardigheidsbeginsel (ook wel equivalentie- of assimilatiebeginsel) onderscheiden welk beginsel voorop stelt dat procesregels voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van aan de Europese Unie ontleende rechten ‘niet ongunstiger [mogen] zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen’.⁵⁷ Anderzijds wordt het effectiviteitsbeginsel (of doeltreffendheidsbeginsel) onderscheiden welk beginsel lidstaten verplicht de uitoefening van EU-recht door rechthebbenden ‘niet onmogelijk of uiterst moeilijk’ te maken.⁵⁸

In deze paragraaf zal besproken worden of en zo ja, op welke wijze, handhaving van en toezicht op toepassing van Europees recht in arbitrage- en bindend adviesprocedures in Nederland plaatsvindt. Bij deze bespreking zal voor wat het gezichtspunt van arbitrage betreft voorbij worden gegaan aan rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het Hof (meermaals) overwogen heeft dat de overheidsrechter

bindend adviseurs/arbiters *ambtshalve* regels van Europees consumentenrecht dienen toe te passen. Zie hieromtrent Brand 2015, p. 211-213.

⁵⁶ Zie o.a. M.B.M. Loos, ‘Consumer ADR after the Implementation of the ADR Directive: enforcing European Consumer Rights at the Detriment of European Consumer Law’, *European Review of Private Law* 2016/1, p. 76.

⁵⁷ Zie hiertoe bijv. HvJ EU 1 oktober 2015, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637 (*ERSTE Bank Hungary*), r.o. 49; HvJ EU 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (*Kušionová*), r.o. 50; HvJ EU 27 februari 2014, C-470/12, ECLI:EU:C:2014:101 (*Pohotovost*), r.o. 46; en HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), r.o. 50.

⁵⁸ Ibid. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht’, *WPNR* 2011/6901, p. 790-797.

oneerlijke (arbitrage)bedingen in consumentenovereenkomsten (ambtshalve) dient te vernietigen.⁵⁹ Deze jurisprudentie ziet in beginsel op de (vraag naar de) rechtsgeldigheid van een dergelijk beding; niet op de vraag naar handhaving van en toezicht op toepassing van EU-recht door arbiters.

3.2. Arbitrage

In verband met vertrouwelijkheid vinden veel arbitrageprocedures in beginsel achter gesloten deuren plaats.⁶⁰ Hierdoor is het lastig om de (correcte) toepassing van Europees recht in arbitrageprocedures te controleren.^{61, 62} Mogelijke controle speelt dan ook vooral een rol in procedures die gevoerd worden voor de overheidsrechter; nadat het scheidsrecht een arbitraal vonnis gewezen heeft, kunnen partijen aanvoeren dat dit vonnis strijdig is met Europees recht en derhalve als zijnde 'in strijd met de openbare orde' vernietigd dient te worden (ex art. 1065 lid 1 sub e Rv).⁶³ Op grond van de openbare orde exceptie kunnen partijen voorts de voorzieningenrechter

59 Zie o.a. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*) en HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostazo Claro*). Zie nader: M. Piers, 'Europees Consumentenrecht en arbitrage', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010/3, p. 1321-1382. Vgl. S. Prechal, 'Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg', *NtER* 2001/4, p. 104-108. Een belangrijke stap die de Nederlandse wetgever heeft gezet om de Europese rechtspraak te codificeren, vormt het plaatsen van het arbitraal beding op de zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:236 sub n BW). Met dit plaatsen, hoopt de wetgever 'het vertrouwen van consumenten in arbitrages te vergroten' (*Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 3, p. 5).

60 Vgl. de Minister van Veiligheid en Justitie in *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, C, p. 2: 'Ik deel dus het standpunt dat arbitrages, met uitzondering van arbitrages met een publiekrechtelijk gehalte zoals investeringsarbitrages, in beginsel vertrouwelijk zijn. Dit geldt onder de huidige arbitragewet. Onder de nieuwe arbitragewet wordt het niet anders.'

61 Wel kan een arbitrage instituut bijv. overgaan tot de publicatie van arbitrale uitspraken waarin het scheidsrecht (al dan niet met goedvinden van partijen) een geschil (gedeeltelijk) onderwerpt aan EU-recht. Vgl. in dit opzicht bijv. NAI 22 juli 2008 (*TvA* 2009/30).

62 Vgl. HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*), r.o. 40 waarin het Hof benadrukt dat het voor de communautaire rechtsorde 'van evident belang [is], dat ter vermindering van toekomstige uitleggingsgeschillen elke bepaling van gemeenschapsrecht (...) op eenvoudige wijze wordt uitgelegd'. Het Hof verwijst in de geciteerde rechtsoverweging naar HvJ EG 25 juni 1992, C-88/91, ECLI:EU:C:1992:276 (*Federconsorzi/Alma*), r.o. 7 welke uitspraak verwijst naar HvJ EG 18 oktober 1990, C-297/88 en C-197/89, ECLI:EU:C:1990:360 (*Dzodzi/Belgische Staat*).

63 Terzijde zij opgemerkt dat het bijv. in België (art. 1718 Gerechtelijk Wetboek), Frankrijk (art. 1522 *Code de procédure civile*) en Zweden (art. 51 *Lag om skiljeförfarande*) onder voorwaarden mogelijk is om de vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter uit te sluiten. Bij een dergelijk uitsluiten valt in beginsel niet veel meer te beginnen tegen een arbitraal vonnis dat (mogelijk) in strijd is met Europees recht.

verzoeken de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis te weigeren (ex art. 1063 of 1076 Rv).⁶⁴ In deze paragraaf zal bekeken worden in hoeverre de door partijen ingeroepen openbare orde exceptie, als controlemechanisme voor de overheidsrechter, een waarborg biedt voor een ‘correcte’ toepassing van Europees recht in arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures.⁶⁵

In dit opzicht heeft het Hof van Justitie in 1999 met *Eco Swiss/Benetton* een belangrijk arrest gewezen ten aanzien van een bepaling van Europees mededingingsrecht.⁶⁶ Eén van de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen betrof, kort gezegd, de vraag of een overheidsrechter gehouden is een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd van dat vonnis met art. 81 EG-Verdrag (oud) te wijzen, indien de overheidsrechter oordeelt dat de gestelde strijd zich heeft voorgedaan. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend en overwoog dat: ‘(...) wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het in artikel 81, lid 1, EG (oud) neergelegde verbod.’⁶⁷ Lidstaten van de Europese Unie lijken op grond van deze rechtsoverweging vrij te zijn in het bepalen van (de reikwijdte van) de openbare orde exceptie in hun eigen nationaalprocesrechtelijke context. Het eerder aangehaalde gelijkwaardigheidsbeginsel brengt mee dat recht dat bestempeld is als zijnde van (nationale) openbare orde ertoe leidt dat vervolgens gelijkwaardige EU-rechtsbepalingen óók als recht van ‘openbare orde’ beschouwd

64 Meer specifiek; de Nederlandse voorzieningenrechter kan de *tenuitvoerlegging* van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis weigeren ‘indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd’ wegens strijd met de openbare orde (art. 1063 Rv). Zie voor de tenuitvoerlegging van een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis: art. 1076 Rv. Betoogd wordt dat bij laatstgenoemde categorie toepassing volgt van het ‘meer beperkte criterium’ van strijd met de ‘internationale openbare orde’ (zie o.a. P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 324 en vgl. Liebscher 2000).

65 In deze bijdrage zal de vraag onbesproken blijven in hoeverre overheidsrechters op grond van de openbare orde exceptie ambtshalve dwingend Europees recht binnen arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures dienen toe te passen. Vgl. B.J. Drijber, ‘Het Europees mededingingsrecht en arbitrageprocedures’, *Ondernemingsrecht* 2010/7; het ene begrip ‘openbare orde’ is het andere niet en Zippio 2009, p. 296 e.v. waarin de woorden ‘in de zin van’ gebruikt worden om deze tweedeling ten aanzien van voornoemd begrip aan te geven. Vgl. voor een derde (?) Europese dimensie van het begrip ‘openbare orde’ de conclusie van Advocaat-Generaal A. Saggio van 25 februari 1999 bij *Eco Swiss/Benetton*, sub 38: ‘De zienswijze, dat de mededingingsregels deel uitmaken van de “gemeenschapsrechtelijke economische openbare orde” vindt steun in een groot deel van de literatuur, en wordt aanvaard in de rechtspraak van talrijke lidstaten.’

66 Thans: art. 101 lid 1 VWEU.

67 HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*), r.o. 37.

moeten worden door de overheidsrechter.^{68, 69} Kort gezegd, de invulling en reikwijdte van het begrip (nationale) 'openbare orde' lijken afhankelijk te zijn van de context waarin dit begrip wordt toegepast.⁷⁰ In het verlengde hiervan komt de vraag op in hoeverre ander⁷¹ Europees recht middels een beroep op de (nationale) openbare orde exceptie een 'rol' zou kunnen spelen in arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures.⁷²

Deze vraag geeft aan waar de schoen wringt: onduidelijkheid over de reikwijdte van de uitspraak van het Hof van Justitie in *Eco Swiss/Benetton* heeft ertoe geleid dat overheidsrechters een beroep op de openbare orde exceptie in de nationaalprocesrechtelijke context verschillend interpreteren.⁷³ Voornoemde kan geïllustreerd worden aan de hand van rechtspraak uit verschillende lidstaten van de Unie.⁷⁴

68 Dat art. 81 EG (oud) niet altijd absolute werking heeft, kan worden afgeleid uit HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*). Vgl. inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en het (Nederlandse dan wel Europese) 'openbare orde' begrip: HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471 (*Diageo Brands BV/Simiramida*), r.o. 42.

69 Rechtvaardiging lijkt gevonden te kunnen worden in het gelijkwaardigheidsbeginsel, maar speelt hier niet eveneens het (politiek gevoelige) concept van 'primacy of EU law' een rol? Vgl. ten aanzien van dit gezichtspunt: G.A. Bermann, 'Reconciling European Union Law Demands with the Demands of International Arbitration', *Fordham International Law Journal* 2011/5, p. 1201-1204.

70 Vgl. H.J. Snijders in zijn noot bij HR 25 februari 2000, NJ 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*). Deze gedachte laat bijv. het Zwitserse *Tribunal fédéral* in een uitspraak van 8 maart 2006 (*Tensacciai S. p.A/Freyssinet Terra Armata S.r.l*) vrij om te overwegen dat Europees mededingingsrecht in casu niet onder het nationale (Zwitserse) openbare orde begrip viel, zie nader: P. Landolt, 'Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 – A Commentary', *European Business Law Review* 2008/1.

71 'Ander' in de zin van: (niet fundamenteel) Europees (mededingings)recht.

72 Vgl. Rb. Arnhem 3 december 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG6981, r.o. 4.13 waarin de rechtbank met een beroep op HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97 (*Eco Swiss/Benetton*) aanneemt dat art. 82 EG (oud) (thans: art. 102 VWEU) recht van openbare orde is in de zin van art. 1065 lid 1 sub e Rv.

73 Het Hof van Justitie beschouwt art. 81 EG (oud) als 'een bepaling van openbare orde' in de zin van de *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958), zie *Eco Swiss/Benetton*, r.o. 38-39 jo. r.o. 36.

74 Heeft het Hof deze onduidelijkheid deels aan zichzelf te wijten? Vgl. *Eco Swiss/Benetton*, r.o. 32: '(...) onder meer in het kader van de – al naar de omstandigheid van het geval meer of minder uitgebreide – toetsing van het arbitrale vonnis.'

In beginsel kan men twee wijzen van interpreteren onderscheiden die gebruikt zijn door overheidsrechters bij de interpretatie van een beroep op de openbare orde exceptie.⁷⁵ Enerzijds wordt een ‘minimalistische’ interpretatiewijze onderscheiden. Op grond van deze interpretatiewijze stelt de overheidsrechter zich terughoudend op met betrekking tot de inhoudelijke toetsing van arbitrale uitspraken aan fundamenteel Europees (mededingings)recht. Voorbeelden van deze wijze van interpreteren komt men tegen in landen als België,⁷⁶ Duitsland,⁷⁷ Frankrijk^{78, 79} en Zweden.⁸⁰ Anderzijds wordt een ‘maximalistische’ interpretatiewijze onderscheiden. Op grond van deze interpretatiewijze toetst de overheidsrechter een arbitrale uitspraak ook inhoudelijk aan fundamenteel Europees (mededingings)recht. Deze wijze van interpreteren is in 2005 toegepast door een Nederlands gerechtshof.^{81, 82}

75 Vgl. over dit onderwerp o.a. T.D. de Groot, ‘Arbitrage en Europees mededingingsrecht – een voorlopige balans dertien jaar na Eco Swiss/Benetton’, *TvA* 2012/64; P. Landolt, ‘Arbitration and Antitrust: An overview of EU and national case law’, *e-Competitions* 2012/45083; G. Blanke & R. Nazzini, ‘Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part III)’, *Global Competition Litigation Review* 2008/3, p. 143-145; P. Heitzmann & J. Grierson, ‘SNF v Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC’, *Stockholm International Arbitration Review* 2007/2, p. 39-49 en A. Mourre & L.G. Radicati di Brozolo, ‘Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back’, *Journal of International Arbitration* 2006/23, p. 171-188.

76 *Cour d’appel de Bruxelles* 22 juni 2009 (Cytec/SNF). Het Hof van Beroep te Brussel vernietigde de – richting een maximalistische wijze van interpretatie neigende – uitspraak van de Rechtbank Brussel van 8 maart 2007 (SNF/Cytec), zie: D. Bray & H.L. Bray (red.), *Post-Hearing Issues In International Arbitration*, JurisNet, LLC 2013, p. 209 e.v.

77 *Oberlandesgericht Thüringen* 8 augustus 2007 (Schott). Vgl. evenwel richting de maximalistische wijze van interpretatie: *Oberlandesgericht Düsseldorf* 21 juli 2004 (*Regenerative Wärmeaustauscher*); zie: A. Mourre, ‘Courts in France and Belgium confirm limited review of awards under European competition law’, *Kluwer Arbitration Blog* 7 februari 2010.

78 *Cour d’appel de Paris* 18 november 2004 (*Thalès Air Defence*) waarin aangegeven wordt dat vernietiging alleen mogelijk is bij een schending art. 81 EG (oud) die ‘flagrante, effective et concrète’ is. Deze wijze van interpretatie is bevestigd in *Cour d’appel de Paris* 22 oktober 2009 (*Linde*), zie: Bray & Bray 2013, p. 225 e.v.

79 Interessant is dat Advocaat-Generaal Wathelet in een recente conclusie (17 maart 2016 (ECLI:EU:C:2016:177) bij C-567/14) overweegt dat juist deze Franse beperking van de omvang van de toetsing van internationale arbitrale vonnissen ‘in strijd [is] met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel’ (sub 58). De A-G licht zijn gedachten over deze ‘uiterst beperkte toetsing’ (sub 65) toe in sub 64 e.v. van zijn conclusie.

80 *Svea Hovrätt* 23 oktober 2013, T 4487-12, p. 14 (de Engelse vertaling van deze uitspraak van het Zweedse Gerechtshof is beschikbaar via: www.arbitration.sccinstitute.com).

81 Hof ‘s-Gravenhage 24 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT4660. Vgl. T.D. de Groot, ‘Een poldervariant op de second look?’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2006/16.

82 Zie voor een middenweg de uitspraak van het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* van 18 februari 2015, zie: G. Blanke, ‘Austrian Supreme Court rejects competition law challenge of ICC award’, *Kluwer Arbitration Blog* 7 november 2015.

Nu overheidsrechters door de huidige situatie niet scherp voor ogen hebben in hoeverre en welk (fundamenteel) Europees recht een rol dient te spelen in arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures, ontbreekt een 'level playing field' op het gebied van toepassing van Europees recht binnen de Europese rechtsruimte.⁸³ Deze situatie leidt voorts tot rechtsonzekerheid voor partijen. Mogelijk zou zelfs de effectieve rechtsbescherming van partijen in gevaar kunnen komen nu overheidsrechters verschillend omgaan met een beroep op de openbare orde exceptie.⁸⁴

Gelet op bovenstaande is het dan ook maar de vraag of de openbare orde exceptie als (*ex post*) controlemechanisme door de overheidsrechter een waarborg biedt voor een correcte (en uniforme) toepassing van (als fundamenteel gekwalificeerd) Europees recht in arbitrageprocedures.

3.3. Bindend advies

Net als het arbitraal vonnis kan het bindend advies – gewezen door bijvoorbeeld de SGC, het Kifid en de SKGZ – ter toetsing worden voorgelegd aan de overheidsrechter. Deze *ex post* controle door de overheidsrechter is echter marginaal, daar aantasting van het bindend advies slechts op beperkte gronden kan plaatsvinden.⁸⁵ Op grond van art. 7:904 lid 1 BW is een beslissing van bindend adviseurs vernietigbaar, indien gebondenheid hieraan in verband met: 1) inhoud; of 2) wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De vraag rijst of de rechterlijke toets ex art. 7:904 BW nu daadwerkelijk een effectief controlemechanisme is voor de naleving van art. 10 Implementatiewet door bindend adviseurs in een consumenten bindend adviesprocedure.

Stel dat de bindend adviseurs van de geschillencommissies onder de koepel van de SGC, het Kifid of de SKGZ een beslissing in strijd met dwingend Europees consumentenrecht nemen (zie par. 2.3). Indien de consument zo scherp is dit op te merken en de beslissing ter toetsing aan de overheidsrechter voorlegt, dan zal deze waarschijnlijk oordelen dat gebondenheid van de consument aan een dergelijk bindend advies onaanvaardbaar is in verband met de *inhoud* van de

83 Een constatering die ondersteund wordt door het Europees Parlement: '(...) Arbitration may facilitate the EU's goals of ensuring access to efficiently-delivered justice and dispute resolution, but it can also impede the EU's goals of harmonizing law across the Member States and of ensuring the application of specific substantive laws', Europees Parlement, Directoraat 'General for Internal Policies', 'Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU', Brussel, november 2014, p. 13. Vgl. A.-M. van den Bossche, 'Europees Gemeenschapsrecht: bron van en reden voor toenadering', in: M. Storme (red.), *Procedural Laws in Europe. Towards harmonisation*, Antwerpen: Maklu 2003, p. 49.

84 Vgl. R. Barents, 'Rechter en partijen in het EU-procesrecht', *SEW* 2010/4, p. 153-154.

85 Knigge 2015, p. 258.

beslissing conform art. 7:904 lid 1 BW.⁸⁶ Voorgaande impliceert dat de verwezenlijking van dwingend Europees consumentenrecht in de consumenten bindend adviesprocedure, en daarmee de handhaving van art. 10 lid 1 Implementatiewet, op de schouders van de consument en de overheidsrechter zullen rusten.⁸⁷ Dit zou op zijn zachtst gezegd een zorgwekkend uitgangspunt zijn, daar de bindend adviezen gewezen door de SGC, het Kifid en de SKGZ slechts mondesmaat ter toetsing worden voorgelegd aan de overheidsrechter.⁸⁸ Het is dan ook niet onwaarschijnlijk dat een mogelijk onjuiste toepassing van dwingend Europees (consumenten)recht door bindend adviseurs niet aan het licht komt.⁸⁹

Los van het feit dat de overheidsrechter wettelijk gezien de rol van ‘bewaker van de correcte toepassing van Europees recht via art. 10 lid 1 Implementatiewet in de consumenten bindend adviesprocedure’ toekomt, kan voorzichtig de vraag worden gesteld of de *ex post* controle door de overheidsrechter niet een *ultimum remedium* dient te blijven? De (*ex post*) inmenging van de overheidsrechter lijkt immers in te druisen tegen het doel van de Implementatiewet, die consumenten de gang naar de overheidsrechter juist beoogt te besparen, door te voorzien in een snelle, goedkope en doeltreffende voorziening ter afwikkeling van consumentengeschillen buiten de rechter om.⁹⁰ Is de tijd wellicht rijp om in de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen de nodige procesrechtelijke instrumenten in te weven die bindend adviseurs de mogelijkheid geven om zelf de correcte toepassing van dwingend Europees (consumenten)recht te bewaken? In paragraaf 4.3 zal worden onderzocht welk instrumentarium de bindend adviseurs mogelijk kan worden aangereikt om de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet met betrekking tot het dwingend Europees recht reeds *tijdens* de bindend adviesprocedure te garanderen.

4. Controle op Europese schaal: grenzen en mogelijkheden

4.1. Inleiding

In paragraaf 3.1 zijn het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel besproken; twee beginselen die er (onder meer) voor moeten zorgen dat toepassing van het Europees recht op lidstaatniveau plaatsvindt. Toepassing van Europees recht

⁸⁶ M.W. Knigge & E.N. Verhage, ‘The impact of the ADR Directive on article 7:904 par. 1 DCC explored, What is ‘unacceptable according to standards of reasonableness and fairness’ after the implementation of the Directive?’, in: C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code, Continuously in Motion*, Deventer: Kluwer 2016, p. 77-78.

⁸⁷ Brand 2015, p. 211. Zie in gelijke zin Knigge 2015, p. 258.

⁸⁸ Loos 2016, p. 77.

⁸⁹ Ibid. p. 79.

⁹⁰ Vgl. Pavillon 2015, p. 251.

zeft evenwel niet onmiddellijk iets over de (al dan niet) ‘correcte’ wijze waarop dit recht wordt uitgelegd en toegepast. Om Europees recht binnen de EU juist uit te leggen en toe te passen staat voor rechterlijke instanties van lidstaten de prejudiciële verwijzingsprocedure bij het Hof van Justitie open op grond van art. 267 VWEU.⁹¹ De vraag is nu wat wordt verstaan onder het begrip ‘rechterlijke instantie’ ex art. 267 VWEU. In 1966⁹² heeft het Hof van Justitie voornoemd begrip nader vormgegeven door een vijftal vereisten te geven waaraan een dergelijke instantie dient te voldoen. Het Hof wees op de vereisten van het hebben van een wettelijke oorsprong en een permanent karakter, het zijn van een bindende rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak en het toepassen van de regelen des rechts. Het Hof heeft deze vijf vereisten in latere rechtspraak⁹³ aangevuld door ‘onafhankelijkheid’ (van de rechtsprekende instantie) aan te wijzen als (zesde) vereiste.

In het verlengde van voornoemde, komt de vraag op of het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie ook mogelijk is voor procedures waarin arbiters (par. 4.2) en bindend adviseurs (par. 4.3) als ‘rechter’ optreden.

4.2. Arbitrage

In de zaak *Nordsee*⁹⁴ kreeg het Hof van Justitie (indirect) de vraag voorgelegd of arbiters bevoegd zijn het Hof prejudiciële vragen te stellen. In deze zaak had de president van het *Hanseatische Oberlandesgericht* te Bremen zich, in zijn hoedanigheid van arbiter, met prejudiciële vragen gewend tot het Hof van Justitie. Het Hof verklaarde zich onbevoegd om deze vragen te beantwoorden nu het scheids-gerecht in het onderhavige geval niet kon worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van art. 267 VWEU.⁹⁵ Niet alleen hadden de partijen zich vrijwillig aan de rechtsmacht van de arbiter onderworpen, ook was de Duitse overheid bij de beslissing om voor de arbiter te kiezen niet betrokken en men had dan ook niet de mogelijkheid om ambtshalve in te grijpen in het verloop van de arbitrale procedure.

91 Aldus: Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *Publicatieblad* C 338, 6 november 2012.

92 HvJ EG 30 juni 1966, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39 (*Vaassen-Goebbels*).

93 HvJ EG 27 april 1994, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171 (*Gemeente Almelo e.a.*); HvJ EG 30 maart 1993, C-24/92, ECLI:EU:C:1993:118 (*Corbiau/Administration des contributions*); HvJ EG 21 april 1988, C-338/85, ECLI:EU:C:1988:194 (*Pardini*); en HvJ EG 11 juni 1987, C-14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*).

94 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*). Zie o.a. G. Bebr, ‘Arbitration tribunals and Article 177 of the EEC Treaty’, *Common Market Law Review* 1985/3, p. 489-504.

95 Het toenmalige art. 177 EG-Verdrag.

Hoewel zowel de Europese Commissie⁹⁶ als het Europees Parlement⁹⁷ aangegeven hebben voorstander te zijn van de mogelijkheid om arbiters rechtstreeks prejudiciële vragen te laten stellen aan het Hof van Justitie, is het maar de vraag of de prejudiciële verwijzingsprocedure ooit zal worden opengesteld voor scheidsgerechten.⁹⁸

Interessant(er) voor nu is dan ook de wijze waarop het Hof van Justitie in *Nordsee* wijst op de rol die de nationale rechters van lidstaten kunnen spelen, mochten vragen van Europees recht bij arbiters rijzen. Deze rol is tweërlei van aard, aldus het Hof. Enerzijds zou de overheidsrechter, ‘in het kader van de assistentie die hij de scheidsgerechten verleent’, het scheidsgerecht bij ‘bepaalde proceshandelingen’ kunnen assisteren of ‘het geldende recht’ kunnen uitleggen.⁹⁹ Anderzijds zou de overheidsrechter in het kader van de ‘toetsing’ van het arbitrale vonnis waartoe deze rechter gehouden is, een rol kunnen spelen ‘in geval van hoger beroep, verzet, uitvoerbaarverklaring of van enig ander rechtsmiddel dat volgens het toepasselijke nationale recht openstaat’.¹⁰⁰ De overheidsrechter zou zich vervolgens tot het Hof van Justitie kunnen wenden met het verzoek om ‘uitlegging van of een oordeel over de geldigheid van bepalingen van gemeenschapsrecht’.¹⁰¹

De ‘toetsende’ rol, die het Hof van Justitie als tweede mogelijke rol onderscheidt, is – voor wat arbitrage betreft – reeds besproken in paragraaf 3.2. De onderhavige paragraaf zal derhalve bekijken op welke wijze (overheidsrechters van) lidstaten uitdrukking kunnen geven aan de ‘assisterende’ rol.

Het doen van een beroep op assistentie van de overheidsrechter door arbiters is geen onbekend fenomeen in de arbitragewereld. Op grond van art. 27 *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*¹⁰² kan een scheidsgerecht een overheidsrechter om assistentie vragen ‘in taking evidence’. Bij de implementatie

96 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*), p. 1105.

97 Europees Parlement, Directoraat ‘General for Internal Policies’, ‘Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU’, Brussel, november 2014, p. 13: ‘Given the central role that arbitration has come to play in the application of law in the European Union, arbitral tribunals should be permitted to seek a preliminary ruling from the CJEU, in order to ensure a uniform and consistent application of EU law.’

98 Onduidelijk is of de Raad van Arbitrage voor de Bouw wel als rechterlijke instantie ex art. 267 VWEU beschouwd kan worden en (aldus) prejudiciële vragen mag stellen aan het Hof van Justitie, zie nader o.a. Snijders 1995, p. 56.

99 R.o. 14.

100 R.o. 14.

101 R.o. 15: ‘(...) die hij eventueel bij het verrichten van die ondersteunende en toetsende taken moet toepassen’. Vgl. *Eco Swiss/Benetton*, r.o. 40 waarin het Hof van Justitie onderstreept dat: ‘(...) vragen over de uitlegging van het verbod van artikel 81, lid 1, EG [oud] kunnen worden onderzocht door de nationale rechterlijke instanties die over de geldigheid van een arbitraal vonnis moeten beslissen, en in voorkomend geval met het oog op een prejudiciële beslissing naar het Hof kunnen worden verwezen.’

102 ‘UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006’.

van deze UNCITRAL-bepaling in zijn *Zivilprozessordnung* (ZPO) in 1998, heeft de Duitse wetgever de reikwijdte ervan vergroot door de woorden '(...)' of die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist (...) toe te voegen.¹⁰³ Verdedigd wordt dat, dankzij deze toevoeging, arbiters indirect preliminaire vragen kunnen stellen aan het Hof van Justitie.¹⁰⁴ Ook het Engelse recht kent een mogelijkheid voor arbiters om via de overheidsrechter indirect vragen te stellen.¹⁰⁵ Art. 45 lid 1 *Arbitration Act* 1996 leest als volgt: 'Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties (...)'.¹⁰⁶ De assisterende rol van de overheidsrechter komt daarnaast expliciet voor in de Deense Arbitragewet van 2005. Art. 27 lid 2 *Lov om voldgift* geeft aan dat: 'If the arbitral tribunal considers that a decision on a question of European Union law is necessary to enable it to make an award, the arbitral tribunal may request the courts to request the Court of Justice of the European Communities to give a ruling thereon.'¹⁰⁷ Het Deense Ministerie van Justitie suggereerde dat een dergelijke bepaling diende te worden opgenomen in de wet om een verbinding mogelijk te maken tussen scheidsgerechten en de algemene regels van het Deense burgerlijk

¹⁰³ Art. 1050 ZPO luidt voluit: 'Das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann bei Gericht Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist, beantragen. Das Gericht erledigt den Antrag, sofern es ihn nicht für unzulässig hält, nach seinen für die Beweisaufnahme oder die sonstige richterliche Handlung geltenden Verfahrensvorschriften. Die Schiedsrichter sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen.'

¹⁰⁴ C.-D. Ehlermann & I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 375.

¹⁰⁵ Zie: P.M. Storm, 'Quod Licet Iovi.... The Precarious Relationship between the Court of Justice of the European Communities and Arbitration', in: *Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades*, presented by the board of the Netherlands International Law Review, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1983, p. 159.

¹⁰⁶ Vgl. art. 21 *Arbitration Act* 1950 en (later) art. 2 *Arbitration Act* 1979 en de mogelijkheid van het vragen van een prejudiciële beslissing aan de *High Court* inzake materiële vragen.

¹⁰⁷ Zie voor deze vertaling: http://voldgiftsinstituut.dk/wp-content/uploads/2015/01/danish_arbitration_act_2005.pdf. Het Deense wetsartikel heeft inspiratie ontleend aan de Noorse Arbitragewet (*Voldgiftsloven* 2004). In art. 30 van de Noorse wet staat, met betrekking tot de interpretatie door arbiters van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EEA) opgenomen: 'When an arbitral tribunal is obliged to take a position on interpretation of the EEA Agreement, including its protocols, exhibits and the legislative acts with which such exhibits are concerned, it may, of its own accord or at the request of a party, ask the courts to submit issues of interpretation to the EFTA Court pursuant to the provisions of Section 51 a of the Courts of Justice Act. The courts may seek an advisory opinion from the EFTA Court as to the interpretation of the EEA Agreement.'

procesrecht. Deze verbinding zou het voorts mogelijk maken om (indirect) prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te kunnen leggen.¹⁰⁸ In Nederland is in 2005 voorgesteld om een soortgelijke mogelijkheid op te nemen in de Nederlandse Arbitragewet.¹⁰⁹ Tot op heden heeft de Nederlandse wetgever aan dit voorstel helaas geen uitvoering gegeven. Sterker nog, nu het Hof van Justitie overwogen heeft dat ‘(...) arbiters geen prejudiciële vragen kunnen stellen’, zijn arbiters ‘(...) daarmee zelf verantwoordelijk voor een juiste toepassing van (dwingend) Europeesrechtelijke bepalingen’, aldus de wetgever bij de voorbereidingen voor de modernisering van de Arbitragewet in 2014.¹¹⁰ Wel wordt in dit opzicht nog gewezen op de mogelijkheid dat in een vernietigingsprocedure door de overheidsrechter een prejudiciële vraag gesteld wordt aan het Hof van Justitie,¹¹¹ maar de toon is reeds gezet.

Is voornoemde uitspraak houdbaar?¹¹² Immers, wie controleert de correcte toepassing van (fundamentele) Europeesrechtelijke bepalingen door arbiters wanneer zij zelf verantwoordelijk zijn voor een ‘juiste’ toepassing hiervan? Nu gebleken is dat *ex post* controle door de overheidsrechter in een vernietigingsprocedure ook niet alles is vanwege onduidelijkheid ten aanzien van de reikwijdte van de openbare orde exceptie in de nationaalprocesrechtelijke context¹¹³ en het Hof van Justitie (nog) geen concessie(s) aan de *Nordsee*-uitspraak heeft gedaan, is het openen van

¹⁰⁸ Aldus de ‘Danish Parliament reports 2004-2005 L127’, p. 51-52, aangehaald door: D. Terkildsen & S. Lysholm Nielsen, ‘Chapter III: The Award and the Courts: Arbitral Tribunals and Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union – The Danish By-Pass Rule’, in: C. Klausegger, P. Klein e.a. (red.), *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2012, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2012, p. 197.

¹⁰⁹ Het eerste lid van (het nieuw te introduceren) art. 1044a Rv zou als volgt komen te luiden: ‘Indien zich tijdens een arbitraal geding een vraag voordoet ten aanzien waarvan een Nederlands rechter overeenkomstig of krachtens verdrag een andere rechter kan verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen, kan het scheidsgerecht, op verzoek van een partij, die partij toestaan om zich, binnen een door het scheidsgerecht te bepalen termijn, te wenden tot de rechtbank te ’s-Gravenhage met het verzoek deze vraag aan voornoemde rechter voor te leggen. Het scheidsgerecht kan zich ook uit eigen beweging met een dergelijk verzoek tot de rechtbank te ’s-Gravenhage wenden’, zie nader: P. Sanders, ‘Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet’, *TvA* 2005/37, p. 91-92 en p. 150-151.

¹¹⁰ De geciteerde woorden zijn afkomstig van de Minister van Veiligheid en Justitie in *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 15. Zie ook: G.J. Meijer, ‘De nieuwe Arbitragewet (2015) bezien in het licht van de internationale arbitrage’, in: H.J. Sijnders & G.J. Meijer, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJu 2015, p. 78.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 15.

¹¹² Alsook het volgende standpunt van de wetgever: ‘(...) dat het redigeren van een dergelijke bepaling geen zuiver nationale aangelegenheid is. Afstemming binnen de Europese Unie is daarvoor beslist noodzakelijk’, aldus: *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 611, C, p. 6.

¹¹³ In het verlengde hiervan, zou men zich vanuit een oogpunt van efficiëntie ook af kunnen vragen waarom gewacht dient te worden met vragen van Europees recht tot in een vernietigingsprocedure?

een mogelijkheid voor arbiters om (indirect) prejudiciële vragen te kunnen stellen via de overheidsrechter dan ook nog niet eens zo'n gek idee.¹¹⁴ Alhoewel natuurlijk ook niet vergeten mag worden dat hieraan bezwaren kleven die bijvoorbeeld verband houden met langere doorlooptijden alsook (in het verlengde hiervan) stijgende kosten voor partijen en een mogelijke extra (over)belasting van de overheidsrechter en het Hof van Justitie.

4.3. *Bindend advies*

De wettelijke verplichting tot het garanderen van de bescherming van dwingend Europees consumentenrecht door bindend adviseurs die onder de reikwijdte van de Implementatiewet opereren, is nieuw voor deze geschilbeslechters. Net als voor de overheidsrechter zal de correcte toepassing van dwingend Europees consumentenrecht voor de bindend adviseur niet altijd evident zijn.¹¹⁵ De overheidsrechter kan (het hof en de Hoge Raad moeten) zich in een dergelijk situatie wenden met een prejudiciële vraag tot het Hof van Justitie. In paragraaf 4.2 is opgemerkt dat arbiters op grond van het *Nordsee*-arrest geen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kunnen stellen.¹¹⁶ In de literatuur is verdedigd dat deze regel naar analogie ook geldt voor bindend adviseurs.¹¹⁷ Het ontbreken van deze Europese 'hulplijn' voor de bindend adviseur is in het licht van de nieuwe verplichting van art. 10 lid 1 Implementatiewet dan ook ongelukkig te noemen.

Het wettelijk verankeren van de bevoegdheid van buitengerechtelijke geschilbeslechters om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof zou evenwel mogelijk aanpassing vereisen van art. 267 VWEU. Loos merkt op dat een dergelijke aanpassing van het VWEU geen 'particularly attractive approach' is.¹¹⁸ Een verdragswijziging is wellicht een wat omslachtige route, maar in het licht van de 'volledige naleving' van Unierecht (zie par. 2.2 en par. 2.3) valt er zeker wat voor te zeggen. In het kader van het buiten de rechter om beslechten van consumentengeschillen wringt het ontbreken van de bevoegdheid van 'buitengerechtelijke geschilbeslechters' om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie met de wettelijke verplichting van art. 11 ADR-richtlijn (art. 10 Implementatiewet) om in bindende ADR-procedures de consument de bescherming van (in ieder geval) dwingend Europees recht te verzekeren. In paragraaf 3.3 kwam daarnaast aan de orde dat in de Nederlandse situatie de *ex post* controle van het bindend advies (dat voortvloeit uit de consumenten bindend adviesprocedure) door de overheidsrechter lang niet in alle gevallen uitkomst biedt.

¹¹⁴ Vgl. H.J. Snijders, 'Alweer (?) een nieuwe Arbitragewet', in: H.J. Snijders & G.J. Meijer, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJu 2015, p. 21. Vgl. Snijders 1995, p. 58.

¹¹⁵ Loos 2016, p. 75 en H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 17.

¹¹⁶ HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*).

¹¹⁷ Brand 2015, p. 212.

¹¹⁸ Loos 2016, p. 77.

Als de wijziging van het VWEU desalniettemin een *bridge too far* is, zijn er dan nog andere mogelijkheden te bedenken die de ‘bewakende’ rol van de bindend adviseur met betrekking tot de correcte toepassing van het dwingend Europees (consumenten)recht kunnen versterken.¹¹⁹ Wij denken van wel. Immers, ook in het kader van bindend adviesprocedures die onder het bereik van de Implementatiewet vallen, kan de in het *Nordsee*-arrest opgeworpen ‘assisterende’ rol van de overheidsrechter waardevol zijn.¹²⁰ Opmerkelijk is dat in de ADR-richtlijn diverse bepalingen zijn opgenomen die de samenwerking tussen Europese ADR-instanties onderling¹²¹ en tussen ADR-instanties en toezichthouders versterken,¹²² maar dat een bepaling waarin de samenwerking tussen ADR-entiteiten en de overheidsrechter wordt geregeld ontbreekt. Bij de implementatie van de ADR-richtlijn in Nederland heeft de wetgever niet uit eigen beweging een samenwerkingsverband tussen de onder de Implementatiewet vallende ADR-entiteiten en de overheidsrechter verankerd.¹²³ Dit was wel mogelijk, daar de ADR-richtlijn slechts minimumharmonisatie beoogt en het de lidstaten dus in beginsel vrijstond om verdergaande maatregelen te treffen. Het niet door de wetgever in de Implementatiewet opnemen van een bepaling die een dergelijk samenwerkingsverband faciliteert is een gemiste kans.¹²⁴

In de internationale literatuur rondom de ADR-richtlijn wordt inmiddels benadrukt dat de samenwerking tussen alternatieve geschilbeslechtsers en overheidsrechters coherente en correcte toepassing van (Europees) recht wel degelijk zou kunnen faciliteren.¹²⁵ In deze literatuur wordt ook gewezen op eventuele bezwaren die kleven aan een dergelijk samenwerkingsverband in de context van het buiten de rechter om beslechten van consumentengeschillen.¹²⁶ Bij wie ligt bijvoorbeeld de *incentive* om de assistentie van de overheidsrechter in te roepen? Bij partijen, of wellicht bij de bindend adviseur(s) zelf? En wie draagt de kosten van de assisterende overheidsrechter? Partijen of wellicht de Staat?¹²⁷

Het opdoen van enige ervaring (wellicht via een pilot) met een ‘assisterende’ overheidsrechter bij het bewaken van de correcte toepassing van dwingend Europees (consumenten)recht in bindende ADR-procedures die onder de

¹¹⁹ Zie ook Knigge & Verhage 2016, p. 84-85.

¹²⁰ Loos 2016, p. 78; Brand 2015, p. 213; C.J.S. Hodges, I. Benohr & N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 415.

¹²¹ Art. 16 ADR-richtlijn.

¹²² Art. 17 ADR-richtlijn.

¹²³ Loos 2016, p. 79.

¹²⁴ Zie in gelijke zin Loos 2016, p. 79.

¹²⁵ C.J.S. Hodges, ‘Consumer Redress: Implementing the Vision, paragraph 5 (The relationship between Courts and CDR)’, in: P. Cortés (red.), *The transformation of Consumer Dispute Resolution in the European Union: A Renewed Approach Towards Consumer Protection*, Oxford University Press 2016 (verwacht).

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Verder onderzoek is aangewezen waarin de voor- en nadelen van een assisterende rechter in buitengerechtelijke geschilbeslechtsprocedures worden afgewogen.

reikwijdte van de Implementatiewet functioneren kan geen kwaad. Mocht een dergelijke samenwerking haar vruchten afwerpen, dan zou de ADR-richtlijn bij de evaluatie daarvan op dit punt door de Uniewetgever mogelijk kunnen worden aangescherpt.

5. Afsluiting

‘Op papier mogen wij weer een stukje verder gevorderd zijn in Europa, maar de werkelijkheid is anders. Het wachten is op een model voor het Europees (privaat) recht, waarin materieel en formeel recht, law in the books and law in action, gelijkelijk aandacht krijgen, want – de understatement zij mij gelet op de actuele situatie vergeven – materieel recht, dat niet verwezenlijkt wordt, is geen recht.’

Voorname woorden zijn afkomstig van Henk Snijders, opgeschreven in zijn annotatie bij de *Eco Swiss/Benetton*-uitspraak van de Hoge Raad in 2000.¹²⁸ Pakweg zestien jaar na dato, zijn deze woorden nog steeds actueel. Los van tijd en plaats speelt hierbij eveneens de in de inleiding opgeworpen vraag: wie bewaakt nu eigenlijk de bewakers?

Onze bijdrage heeft laten zien dat toepassing van Europees (privaat)recht door ‘alternatieve’ geschilbeslechtsers tot vragen leidt in het kader van de ‘correcte’ toepassing – en daarmee verwezenlijking – van dit recht. Recente (Europese) ontwikkelingen hebben de Nederlandse wetgever er niet toe verleid om voor arbiters en bindend adviseurs de prejudiciële route naar het Hof van Justitie open te zetten. Dit knelt temeer voor de bindend adviseurs die onder de reikwijdte van de Implementatiewet uitspraak doen, daar deze geschilbeslechtsers op grond van deze wet in de rol van ‘bewaker’ van de bescherming van dwingend (Europees) (consumenten)recht zijn geduwd.

Hoewel wij onze gedachten hebben laten gaan over mogelijke samenwerking(smogelijkheden) tussen de ‘alternatieve’ geschilbeslechtsers (arbiters en bindend adviseurs) en de ‘publieke’ geschilbeslechtsers (overheidsrechters en het Hof van Justitie) zal de tijd uitwijzen waar wij over een ‘kwart eeuw’ staan. Verder onderzoek lijkt ons in ieder geval aangewezen om haken en ogen van dergelijke samenwerkingsverbanden in kaart te brengen. Wij hopen van harte dat Henk ons hierbij nog vele jaren zal inspireren met zijn wijze woorden.

¹²⁸ Zie: HR 25 februari 2000, NJ 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*).

Opschorting en schorsing in het onderwijs: een van tweeën of van tweeën één?

Stijn Voskamp¹

I. Inleiding

Wat hebben de wiskundige en de jurist in huize Snijders elkaar te vertellen? Genoeg, naar ik meen te weten, maar toch wil ik hen enige gespreksstof aanreiken over een thema dat hen bindt: het onderwijs.

In het schooljaar 2014-2015 zijn er in totaal 4.899 leerlingen in het voortgezet onderwijs en 287 leerlingen in het primair onderwijs voor langer dan één dag geschorst.² De reden blijkt meestal het behouden van de orde en veiligheid binnen de school te zijn. De mogelijkheid tot het schorsen van een leerling is in publiekrechtelijke sectorwetgeving opgenomen.³

Het privaatrecht kent geen mogelijkheid tot schorsing van een persoon. Wel erkent het Burgerlijk Wetboek sinds 1992 expliciet de mogelijkheid tot opschorting: nakoming van de eigen verplichting kan worden uitgesteld, totdat de wederpartij de op hem rustende verplichting nakomt. Op verschillende plaatsen in het Nieuw BW zijn opschortingsrechten opgenomen. De bekendste zijn de *exceptio non adimpleti contractus* in geval van een wederkerige overeenkomst (art. 6:262 BW) en het algemene opschortingsrecht (art. 6:52 BW).

Er is aanleiding de bevoegdheden schorsing en opschorting naast elkaar te leggen binnen de kaders van het primair en voortgezet bekostigd onderwijs. De kwalificatie van de rechtsverhouding tussen een leerling en – in onderwijs termen – het bevoegd gezag van een school⁴ is al lange tijd onderwerp van discussie, zowel

¹ Mr. S. Voskamp is als PhD-fellow verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

² Dit rapporteert de Inspectie van het Onderwijs op basis van meldingen die scholen verplicht moeten maken. Zie het rapport 'Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs', Inspectie van het Onderwijs, december 2015. Te raadplegen via: www.onderwijsinspectie.nl/binaries/content/assets/publicaties/2016/schorsingen-verwijderingen-factsheet-december-2015.pdf. In 2014-2015 bedroeg het totaal aantal leerlingen in het voortgezet onderwijs: 981.969, in het primair onderwijs: 1.494.190.

³ Zo volgt uit art. 13 Inrichtingsbesluit van de Wet op het Voortgezet Onderwijs *Stb.* 1993, 207 (Inrichtingsbesluit Wvo) respectievelijk art. 40c Wet op het Primair Onderwijs (Wpo).

⁴ Ten behoeve van de leesbaarheid gebruik ik hierna voornamelijk het begrip 'de school', hoewel dit in precieze termen 'het bevoegd gezag' zou moeten zijn.

met betrekking tot het openbaar onderwijs als met betrekking tot het bijzonder onderwijs. Niet zelden wordt in literatuur en rechtspraak aangenomen dat aan de verhouding een onderwijsovereenkomst ten grondslag ligt. Als sprake is van een contractuele rechtsverhouding, dan rijst de vraag in hoeverre het contractenrecht op deze situatie kan worden toegepast. In deze bijdrage zal specifiek worden ingegaan op de bevoegdheid tot opschorting. Kan een verplichting die voortvloeit uit een onderwijsovereenkomst worden opgeschort? En hoe verhoudt het middel opschorting zich tot het publiekrechtelijke instrument van schorsing?

Deze vragen zijn niet enkel vanuit theoretisch oogpunt interessant, maar ook voor de praktijk relevant. Een jongen van twaalf jaar volgt een opleiding tot matroos binnenvaart. De school verplicht hem in het derde en vierde jaar intern te komen wonen. Wanneer de ouders om hen moverende redenen hieraan geen gehoor geven, wordt de leerling de toegang tot het onderwijs onttrokken. De ouders menen dat de school buiten toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden (schorsen en/of verwijderen), niet bevoegd was om de jongen de toegang tot de lessen te onttrekken. De Rechtbank Noord-Nederland concludeert evenwel dat de school niet aansprakelijk is omdat zij bevoegd was om haar verplichting tot het geven van lessen en verschaffen van toegang tot de school ex art. 6:262 BW op te schorten, toen de jongen zich niet meldde op het internaat om daar gedurende zijn vierde jaar te wonen.⁵ In hoger beroep komt het hof daarentegen tot de conclusie dat het de school niet vrijstond om op de schending van de internaatsverplichting te reageren met een opschorting van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst. De school had volgens het hof gebruik moeten maken van de haar ten dienste staande bevoegdheden tot schorsing en verwijdering.⁶

Om erachter te komen of een verplichting uit een onderwijsovereenkomst kan worden opgeschort en hoe opschorting zich verhoudt tot schorsing zal ik allereerst nagaan hoe het opschortingsrecht in het onderwijs zou kunnen worden toegepast (par. 2). Vervolgens zal ik stilstaan bij de door publiekrecht geboden mogelijkheid die scholen hebben om leerlingen te schorsen (par. 3). Daarna zal ik de bevoegdheden met elkaar vergelijken (par. 4). Voorts zal ik onderzoeken hoe er in civielrechtelijke uitspraken met schorsingsgeschillen wordt omgesprongen, onder meer in de hiervoor genoemde zaak over de internaatsverplichting (par. 5). Ik kom tot de conclusie dat het middel opschorting zich, met zijn ingebakken afwegingsmaatstaf naar proportionaliteit en inbedding in de redelijkheid en billijkheid, leent voor toepassing in het onderwijs. Er kan rekening worden gehouden met het publiekrechtelijke schorsingskader, zo wordt geen afbreuk gedaan aan procedurele waarborgen die hieruit voortvloeien (par. 6).

5 Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7, zie ook r.o. 4.2.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.24 slot.

2. Opschorting in het onderwijs

De vereisten van art. 6:262 lid 1 en 2 BW

Wanneer een van de partijen haar verbintenis niet nakomt, kan de wederpartij op grond van art. 6:262 BW haar daar tegenoverstaande verplichting opschorten. Art. 6:262 BW is bij uitstek een contractueel middel; in te roepen in geval van een wederkerige overeenkomst. Partijen zijn over en weer verplicht prestaties te verrichten en de prestatie van de een dient te worden verricht met de bedoeling de prestatie van de ander te verkrijgen.⁷ Kan een verplichting voortvloeiend uit een onderwijsovereenkomst worden opgeschort, omdat de wederpartij niet (geheel of behoorlijk) nakomt? Het antwoord op deze vraag vergt inzicht in de kernverplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst. Volgens Noorlander houden de belangrijkste elementen in dat:

*‘(...) de onderwijsinstelling zich onder meer verbindt om de onderwijsontvanger aan het onderwijs en aan de toetsen te laten deelnemen, kwalitatief deugdelijk onderwijs aan te bieden en de noodzakelijke maatregelen te nemen ter waarborging van de veiligheid van de onderwijsontvanger en de onderwijsontvanger zich onder meer verbindt om deel te nemen aan de lessen en zich te onthouden van gedrag dat een verstoring op kan leveren voor de orde binnen de onderwijsinstelling’.*⁸

Uitgaande van de kernverplichtingen zoals door Noorlander omschreven, kan de onderwijsovereenkomst als een wederkerige overeenkomst worden aangemerkt. De onderwijsovereenkomst is immers wederzijds bindend. Zowel de school als de leerling neemt verplichtingen op zich: beide dienen over en weer prestaties te verrichten. Deze prestaties zijn ook van elkaar afhankelijk: de school kan immers slechts kwalitatief deugdelijk onderwijs verschaffen aan de leerling wanneer de leerling zich ook echt aan zijn aanwezigheidsverplichting houdt en zich goed gedraagt.⁹ De leerling zal op zijn beurt aan het onderwijs deelnemen en zich goed gedragen met de bedoeling kwalitatief goed onderwijs te krijgen in een veilige omgeving.¹⁰ Met Noorlander meen ik dat het wederkerigheidsgehalte van de onderwijsovereenkomst wel beperkt is.¹¹ De school zal niet per definitie goed onderwijs verschaffen ter verkrijging van de prestatie aan de kant van de leerling, inhoudende dat deze zich goed gedraagt. Het goede gedrag van de leerling is eerder een noodzakelijke voorwaarde voor het correct kunnen nakomen van de prestatieverplichting die op de school rust. De school zal bovendien mede goed onderwijs verschaffen in een veilige omgeving omdat zij op grond van publiekrechtelijke

⁷ Dit wordt ook wel het ‘do ut des’-karakter genoemd; kenmerkend is het ruilkarakter.

⁸ C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 249.

⁹ In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.

¹⁰ In deze zin ook Noorlander 2005, p. 255.

¹¹ Zie voor de visie van Noorlander, Noorlander 2005, p. 255.

regelgeving verplicht is hiervoor zorg te dragen.¹² Hoewel het wederkerigheidsverband minder pregnant aanwezig is dan bij andere wederkerige overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld de koopovereenkomst, is het naar mijn mening wel voldoende om de onderwijsovereenkomst als wederkerige aan te kunnen merken.

Voor een beroep op art. 6:262 BW is verder vereist dat de prestatie opeisbaar is, er niet dan wel niet geheel of behoorlijk is nagekomen en dat de op te schorten verplichting tegenover de niet nagekomen verplichting staat. Stel, een leerling verstoort de orde in de les. Aan de opeisbaarheid en niet-nakoming is dan voldaan. Welke prestatieverplichting zou de school vervolgens kunnen opschorten? Het vereiste van 'daar tegenoverstaand' verwijst naar het nauwe verband dat tussen de op te schorten en de niet nagekomen verplichting moet bestaan en hangt samen met de wederkerigheid van de overeenkomst. De hiervoor geciteerde verplichtingen die voortvloeien uit een onderwijsovereenkomst zijn aan te merken als de hoofdverplichtingen. Deze hoofdverplichtingen staan tegenover elkaar. Wanneer een leerling de orde in de les verstoort waardoor het leerproces wordt belemmerd, kan de school in beginsel haar daar tegenoverstaande kernverplichting tot 'het laten deelnemen van de betreffende leerling tot de lessen en toetsen' opschorten.¹³ Mocht een beroep op art. 6:262 BW afstuiten omdat er geen sprake zou zijn van tegenover elkaar staande verplichtingen, dan kan ook in onderwijsverband mogelijkerwijs teruggevallen worden op het algemene art. 6:52 BW. Dit artikel vereist 'voldoende samenhang' tussen de vordering en de op te schorten verbintenissen.

Het opschortingsrecht is ingebed in de redelijkheid en billijkheid.¹⁴ Dit brengt mee dat uitoefening van de bevoegdheid alleen is toegestaan indien en voor zover deze strookt met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, 6:248 BW). Dit uit zich onder andere in het tweede lid van art. 6:262 BW, over opschorting in geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming. Wanneer gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming zich voordoet is opschorting slechts toegelaten voor zover de tekortkoming de opschorting rechtvaardigt. Het draait derhalve om proportionaliteit: de opschorting moet in verhouding staan tot de tekortkoming waarop wordt gereageerd. Gevolg hiervan kan zijn dat slechts gedeeltelijk kan worden opgeschort. De prestaties dienen dan wel splitsbaar te zijn. Gedeeltelijk opschorten in het onderwijs lijkt ook tot de mogelijkheden te behoren. De school kan bijvoorbeeld haar verplichting tot het geven van een specifieke les opschorten wanneer de leerling de orde in een bepaalde les verstoort. De leerling wordt de toegang tot die les geweigerd, terwijl de rest van de lessen wel gevolgd mogen blijven worden.¹⁵

12 Vgl. art. 10 Wpo en art. 23a Wvo betreffende kwaliteit van onderwijs; art. 4c Wpo en art. 3b Wvo betreffende zorgplicht veiligheid op school.

13 Bij de andere verplichtingen aan de kant van de school sta ik later stil.

14 De regeling van de opschortingsbevoegdheden in het BW kan worden beschouwd als een uitkristallisatie van het algemene leerstuk van redelijkheid en billijkheid, zo geeft Hijma weer, zie Asser/Hijma 7-1* 2013/403, 406.

15 Dit is wellicht makkelijker voor te stellen in het voortgezet onderwijs dan in het primair onderwijs, aangezien daar de onderliggende prestaties – verschillende lessen – duidelijk te splitsen zijn gelet op de opgeknipte lesuren en verschillende vakken gegeven door verschillende docenten.

Is er sprake van een te geringe tekortkoming aan de zijde van de leerling, dan zal de school gelet op het vereiste van proportionaliteit dan wel gelet op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het geheel niet van haar opschortingsrecht gebruik kunnen maken.

Opschorting in geval van een duurovereenkomst

Nu op het eerste gezicht aan de vereisten uit art. 6:262 BW kan worden voldaan, is het van belang om nader stil te staan bij de ratio van opschorting. Opschorting heeft naar zijn aard een tijdelijk karakter: een succesvol beroep leidt dan ook kort gezegd tot uitstel, niet tot afstel.¹⁶ De opschortingsbevoegdheid is bedoeld als prikkel tot nakoming.¹⁷ Het vormt dus een pressiemiddel: druk uitoefenen op de wederpartij om hem tot presteren aan te zetten.¹⁸ Voorts kan een beroep op opschorting dienen ter overbrugging naar het definitief beëindigen van de relatie. Zo vormt opschorting in bepaalde gevallen een inleiding tot ontbinding.

Een onderwijsovereenkomst is te kwalificeren als een duurovereenkomst, net als bijvoorbeeld de huurovereenkomst. Opschorten in geval van een duurovereenkomst lijkt bijzonder.¹⁹ Dit heeft te maken met het 'uitstel en geen afstel' karakter van opschorten; een beroep op het opschortingsrecht kan of mag partijen in beginsel niet bevrijden van de overeengekomen verplichtingen. Bepaalde verplichtingen uit duurovereenkomsten kunnen wellicht niet later alsnog nagekomen worden, zodat opschorting niet ingezet kan worden.²⁰ In het kader van huur is inmiddels geaccepteerd dat de huurder die verminderd huurgenot heeft vanwege achterstallig onderhoud betaling van zijn huurpenningen (voor een deel) opschort.²¹ Dit kan vervolgens leiden tot een geslaagde vordering tot huurprijsvermindering, waardoor de huurder van betaling van die opgeschorte

¹⁶ HR 19 februari 1988, *NJ* 1989/343, m.nt. C.J.H. Brunner onder 1 (*Droog/Bekaert*). *Asser/Hijma* 7-1* 2013/405; zie ook G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 155.

¹⁷ R.J.Q. Klomp, 'Opschorting, doel en effect', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, deel 19 BW-krant Jaarboek, Deventer: Kluwer 2003, p. 57, 65, 73; C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW B32b), Deventer: Kluwer 2006, nr. 7; Klomp in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:262 BW, aant. 9 (online, laatst bijgewerkt 1 april 2007); De Jong (e.a.) 2014, nr. 141. *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/712 spreekt van een verweermiddel dat tegen een vordering tot nakoming wordt opgeworpen, onder nr. 715 komt pressiemiddel naar voren.

¹⁸ Naast de prikkel tot nakoming biedt het de mogelijkheid tot zekerheid; opschorting kan worden ingezet om te voorkomen dat de schuldenaar zelf reeds presteert, terwijl hij niet zeker weet of de wederpartij gaat nakomen. Zie HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, *NJ* 2015/236, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Kenter/Slierings*), r.o. 3.5 onderaan. Ook in eerdere arresten is de strekking reeds erkend.

¹⁹ Voor zover ik heb kunnen nagaan is er niet veel rechtspraak en literatuur over opschorting bij duurovereenkomsten verschenen.

²⁰ Vgl. H. Hielkema (red.), *Burenoverlast: Remedies tegenover de overlastgevende huurder*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009, p. 82.

²¹ Zie over opschortingsrechten in het kader van huur: *Asser/Abas* 5-IIA 2007/3.

huurpenningen uiteindelijk toch wordt bevrijd.²² Opschorten van de zijde van de verhuurder lijkt lastiger. Zo oordeelde de kantonrechter te Arnhem dat de verhuurder zich niet kan beroepen op het opschorten van zijn verplichting toegang tot het gehuurde te geven als reactie op het uitblijven van betaling door de huurder. Volgens de kantonrechter 'schiet' het middel van opschorting in die situatie 'haar doel voorbij': wanneer de huurder de huurpenningen alsnog betaalt, kan de verhuurder zijn verplichting om het gehuurde dan alsnog ter beschikking te stellen voor het verleden niet meer nakomen.²³ Er zijn volgens de kantonrechter uitzonderlijke omstandigheden nodig om op te kunnen schorten. Bezwaarlijk is dus dat de verhuurder niet meer kan nakomen en definitief zou worden bevrijd van diens verplichting.

Gevolg van opschorting van de verplichting toegang tot het onderwijs te geven is dat een leerling de reguliere les niet volgt. Hoewel de school uiteraard niet met terugwerkende kracht toegang tot de les kan verstrekken, kan zij de te leveren prestatie alsnog verrichten door de leerling de lessen te laten inhalen. De school zou de les nogmaals kunnen aanbieden, bijvoorbeeld in een vakantie. Effectief lijkt mij dit zeker. Een leerling zal dan wel twee keer nadenken voordat hij een les verstoort, zijn vakantie zal hij niet willen opofferen. Maar niet standaard zal van de school en de leerkrachten gevergd kunnen worden dat zij integraal de lessen nogmaals aanbieden. Toch kan de school op andere wijze mogelijk nakomen, namelijk door bij terugkeer van de leerling na afloop van de les een kort tijdsbestek in te ruimen om de leerling bondig toe te lichten wat er in de les is besproken en door erop toe te zien dat de leerling de aantekeningen alsnog krijgt. Zo bezien kan er alsnog worden nagekomen, bevrijdt opschorting de school niet van haar verplichting en schiet opschorting niet zijn doel voorbij.

Bovendien is er in rechtspraak wel eerder aangenomen dat een wederpartij een verplichting uit duurovereenkomst tot kort gezegd 'het geven van toegang' kan opschorten. Zo kon een sportschoolhouder bij betalingsachterstand van de abbonementhouder diens verplichting tot het geven van toegang tot de sportschool opschorten.²⁴ Evenwel niet oneindig, opschorting mag immers niet voor onbepaalde tijd. De kantonrechter achtte een opschorting van twee maanden in dat geval redelijk, daarna zou moeten worden overgegaan tot ontbinding van de overeenkomst. Hoewel het in dit geval uiteindelijk ging om een aanloop naar ontbinding was opschorting mogelijk ook al zou de sportschool na betaling niet alsnog met terugwerkende kracht toegang tot de sportschool kunnen verlenen. Dat in het geval van een duurovereenkomst niet alsnog exact kan worden nagekomen hoeft kennelijk niet aan opschorting in de weg te staan. Daarnaast wordt aangenomen dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) mee kan brengen dat de wederpartij zich niet kan beroepen op de regel dat alleen een ontbinding definitief bevrijdt, gelet op de omstandigheden van het concrete geval

²² Zie art. 7:207 BW.

²³ Rb. Arnhem (sector kanton) 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5965, r.o. 4.4.

²⁴ Rb. Amsterdam (sector kanton) 4 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3661, zie onder het kopje gronden van de beslissing (eindvonnis).

waarbij met name haar eigen gedrag een rol speelt.²⁵ Zo kan het dus zijn dat opschorting toch deels bevrijdt.

Praktische uitwerking in het onderwijs

Hoe kan er mogelijk(er) met de duur van opschorting en de prikkel tot nakoming in het onderwijs worden omgegaan? Normaal wordt er opgeschort totdat de wederpartij nakomt. In het onderwijs lijkt afwachten tot of wanneer de leerling actie onderneemt niet helemaal gunstig. Stel dat een leerling de orde in de les verstoort door fysiek geweld te gebruiken. Als opschorting zou inhouden of meebrengen dat de leerling direct in het opvolgende lesuur kan melden na te willen komen, lijkt de opschorting in zo'n situatie niet het aangewezen middel.²⁶ Echter, de toets der redelijkheid en billijkheid of de hier dicht tegenaan gelegen proportionaliteitstoets die in een beroep op het opschortingsrecht ingebakken zit, kan juist meebrengen dat de school haar verplichting voor een *bepaald aantal dagen* opschort. Het aantal dagen waarvoor de school haar eigen verplichting opschort, moet in verhouding staan tot de tekortkoming waarop wordt gereageerd. In het ene geval zal dit bijvoorbeeld één dag kunnen betreffen in het andere geval meerdere dagen. Hoeveel dagen de opschorting daadwerkelijk betreft zal de school zodra zij zich op opschorting beroept moeten afwegen. Maar zou een school in vermogensrechtelijke termen in schuldeisersverzuim (ex art. 6:58 BW) kunnen raken omdat zij nakoming 'verhindert' wanneer een leerling na opschorting voor een vast aantal dagen eerder wil nakomen? Dit lijkt mij niet het geval wanneer men in gedachten houdt dat de school het beroep op opschorting voor een bepaald aantal dagen naar redelijkheid heeft kunnen doen. Bovendien zou de eventuele verhindering, gelegen in het niet verlenen van de noodzakelijke medewerking, mogelijk niet aan de school kunnen worden toegerekend, daar de oorzaak van deze verhindering toe te rekenen is aan het eerder vertoonde onbehoorlijke gedrag van de leerling.²⁷ Wel kan afgevraagd worden in hoeverre er bij opschorting voor een bepaald aantal dagen dan nog daadwerkelijk een prikkel tot nakoming van de opschorting uitgaat. Nu we te maken hebben met een duurovereenkomst speelt naar mijn idee de

²⁵ Asser/Hijma 7-1* 2013/405 onderaan, onder verwijzing naar HR 15 januari 1993, NJ 1993/193 (Oosterhuis/Buitenhuis).

²⁶ Volgens sommigen is opschorting in bepaalde gevallen van duurovereenkomsten mogelijk problematisch gelet op de essentie die gelegen is in het prikkelen tot nakomen van de wederpartij. Wanneer bijv. in geval van een duurovereenkomst een verplichting tot onthouden van bepaald gedrag is geschonden, zou kunnen worden nagekomen door direct daarna het wel gewenste gedrag te vertonen: 'De verplichting die een nalaten inhoudt (zich onthouden van agressief gedrag), komt de huurder al dadelijk na indien hij zich na die ene bedreiging verder koest houdt. Opschorting lijkt dan niet het passende instrument', zie Hielkema (red.) 2009, p. 82.

²⁷ Zie art. 6:58 BW laatste zinsnede: De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhindert wordt, doordat hij de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, 'tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden toegerekend'.

prikkel tot nakoming voornamelijk voor de toekomst een belangrijke rol. Het doel is dat de leerling weer deel neemt aan het onderwijs en aantoonbaar is tijdens zijn aanwezigheid verder te onthouden van orde verstorend gedrag, ook in de volgende lessen. De leerling dient de prestatie echt te verrichten en zich niet slechts 'bereid en in staat verklaren na te komen'.²⁸ Verder zal de leerling mede met behulp van de leraren gelet op de op hen rustende nakomingsverplichting de gemiste stof moeten inhalen.

Tot nog toe heb ik alleen de verplichting van de school tot het laten deelnemen van de leerling aan het onderwijs besproken. De andere twee verplichtingen van de school komen – hoewel deze ook tegenover het goed gedragen van de leerling staan – naar mijn mening naar hun aard niet voor opschorting in aanmerking.²⁹ Kwalitatief onbehoorlijk onderwijs doceren dan wel bewust een onveilige situatie laten bestaan als uitoefening van opschortingsbevoegdheid doorstaan de toets van de redelijkheid en billijkheid niet. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen zal o.a. rekening moeten worden gehouden met 'maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken' (art. 3:12 BW). De in acht te nemen belangen van de overige leerlingen zouden in het gedrang komen, nu zij ook zouden worden getroffen. Bij het niet laten deelnemen aan het onderwijs van de individuele leerling, doet dit zich evenwel niet voor.

Een contract werkt twee kanten op; over en weer zijn partijen elkaars schuldeiser en schuldenaar. Het opschortingsrecht staat in zijn algemeenheid dan ook beide partijen ter beschikking. Ook de onderwijsovereenkomst werkt twee kanten op. Zowel de leerling als de school is in beginsel partij.³⁰ Theoretisch kunnen beide gebruikmaken van een opschortingsbevoegdheid.³¹ Aangezien ik in deze bijdrage een vergelijking met schorsing wil maken – welk middel alleen aan de school toekomt – zal ik over deze vraag hier niet verder uitwijden.

3. Schorsing in het onderwijs

Het bevoegd gezag van een school heeft de bevoegdheid een leerling te schorsen. Dit houdt in dat een leerling tijdelijk geen toegang heeft tot de school of tot bepaalde lessen, dan wel activiteiten. Voor het voortgezet onderwijs is de

²⁸ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2011/273.

²⁹ Vgl. Streefkerk 2006, nr. 22 onder 7, voorbeeld waarin de aard van een bepaalde rechtsverhouding mee brengt dat een opschortingsbevoegdheid geheel of gedeeltelijk is uitgesloten.

³⁰ Zie over de vraag wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst mijn eerdere artikel: S. Voskamp, 'Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet. Een verkenning van de betrokken partijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs', in: Breedveld-de Voogd C.G. e.a. (red.) *De meerpartijenovereenkomst*, BW-krant Jaarboek nr. 29, Deventer: Kluwer 2015, p. 211-233.

³¹ Volgens Noorlander 2005, p. 255 ligt het 'niet voor de hand dat de leerling zijn verplichting om zich behoorlijk te gedragen opschort, wanneer het bevoegd gezag tekortgeschoten is in zijn plicht om de veiligheid van de leerlingen op school te garanderen'.

mogelijkheid tot schorsing terug te vinden in het Inrichtingsbesluit Wvo. Op grond van art. 13 lid 1 Inrichtingsbesluit Wvo kan een leerling door het bevoegd gezag onder opgave van redenen voor een periode van ten hoogste één week worden geschorst. Het besluit tot schorsing moet aan de leerling en, indien de leerling jonger is dan 21 jaar, ook aan de ouders schriftelijk bekend worden gemaakt (lid 2). Wanneer de schorsing langer duurt dan één dag dient het bevoegd gezag schriftelijk en met opgave van redenen melding te maken bij de Inspectie van het Onderwijs (lid 3).

Het primair onderwijs kent de mogelijkheid tot schorsen pas sinds de veranderingen rondom Passend Onderwijs die eind zomer 2014 zijn ingegaan. Voor de schorsingsbevoegdheid in art. 40c Wpo is gekozen aan te sluiten bij de schorsingsregeling uit het voortgezet onderwijs.³²

Schorsing is een discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag: de keuze ertoe over te gaan is aan het bevoegd gezag zelf. Het bevoegd gezag stelt ook zelf het beleid rond schorsing en verwijdering vast.³³ De wet geeft niet aan in welke gevallen tot schorsing wordt of kan worden overgegaan. De school kan haar beleid uitwerken in de schoolgids of, voor het voortgezet onderwijs, in het leerlingenstatuut.³⁴ Schorsing wordt wel omschreven als een formele ordemaatregel of tuchtmaatregel, te onderscheiden van een opvoedkundige maatregel.³⁵ Het straffen van de leerling lijkt niet het doel te zijn.³⁶ Het lijkt te gaan om het geven van een

³² *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 106, nr. 3, p. 77 (MvT).

³³ Dit beleid kan erop gericht zijn het schorsen (en/of verwijderen) van leerlingen zoveel mogelijk te voorkomen, zie het Rapport 'Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs', Inspectie van het Onderwijs, december 2015.

³⁴ Zie voor de verschillende eisen art. 13 lid 1 sub f (zie ook sub i en k) Wpo en art. 24a lid 1 sub e (zie ook sub g en h) en art. 24g Wvo. In ieder geval moeten in het leerlingenstatuut voorschriften worden opgenomen strekkende tot handhaving van de goede gang van zaken binnen de instelling, denk aan schoolgedragsregels en regels over schorsing en verwijdering, zie P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 41, 42. Volgens Noorlander dient de school in het leerlingenstatuut aandacht te schenken aan de toepassing van disciplinaire maatregelen waaronder in ieder geval schorsing en verwijdering, zie Noorlander 2005, p. 199.

³⁵ C.W. Noorlander, 'Schorsing en verwijdering. Deel I Materiële rechtsvragen', *School & Wet* oktober 2008, p. 5; Huisman en Noorlander, in: Huisman & Zoontjens (red.) 2009, p. 125; J.P.L. C. Dijkgraaf & R. Sarneel, in: P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek Onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2014, p. 121: opvoedkundige maatregel is bijv. een middag terugkomen, het schoolplein vegen, of een extra opdracht maken.

³⁶ Volgens sommigen zou straffen door te schorsen ook niet juist zijn, strafmaatregelen dienen een andere vorm te hebben, denk aan nablijven. Toch blijkt uit rechtspraak dat de maatregel soms wel als straf wordt aangewend. Zie J. Sperling, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs* (deel 29 NVOR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 76. Vgl. Th. Storimans 'Na 100 jaar leerplicht ook zorg voor deelname aan het onderwijs', in preadvies NVOR, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2000, p. 53 onder verwijzing naar par. 6.2.2 (waarschijnlijk is par. 1.6.2 bedoeld, op p. 47).

waarschuwing. Bij de invoering van schorsing in het primair onderwijs merkte de minister op:

‘De school gaat niet zomaar over tot schorsing van een leerling. Schorsing kan worden gezien als een ultieme mogelijkheid voor de school om aan een leerling een waarschuwing te geven voor bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag. (...) Hiermee wordt het instrumentarium uitgebreid waarmee het bevoegd gezag in geval van problemen met het gedrag van een leerling kan ingrijpen, waardoor problemen niet verder oplopen en groter worden in zoverre dat een school de leerling moet verwijderen.’³⁷

Het Rapport ‘Schorsing en verwijdering in het funderend onderwijs’ van de Inspectie van het onderwijs geeft meer inzicht in de redenen die aan schorsing ten grondslag liggen. De meest voorkomende redenen voor het schorsen van een leerling in het voortgezet onderwijs zijn: fysiek geweld tegen medeleerlingen, verbaal geweld tegen het personeel en storend gedrag binnen de lessen waardoor het leerproces wordt belemmerd.³⁸ Over de redenen van schorsing in het primair onderwijs rapporteert de Inspectie van het Onderwijs: ‘Scholen schorsen leerlingen vrijwel alleen als er sprake is van een onveilige situatie.’³⁹

Er zijn voor zover ik heb kunnen nagaan weinig bestuursrechtelijke uitspraken die de procedure van schorsing nader belichten. De uitspraken die de bestuursrechter heeft gewezen, gaan grotendeels over de bevoegdheid tot verwijdering. Dit kan mogelijk verklaard worden door de aard van de schorsingsmaatregel zelf. Schorsing is slechts tijdelijk, het moment van ‘thuis zitten’ is misschien al voorbij voordat de leerling in bezwaar is gegaan, met als gevolg dat het belang om naar de rechter te stappen wellicht als minder groot wordt ervaren. In het openbaar onderwijs wordt het schorsingsbesluit aangemerkt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen, na bezwaar, bij de bestuursrechter in beroep kan worden gekomen.⁴⁰ Een geschil over een beslissing tot schorsing genomen door een bijzondere school, kan worden voorgelegd aan de civiele rechter (par. 5). In het bijzonder onderwijs is namelijk geen sprake van een besluit in de zin van de Awb.

Uit een bestuursrechtelijke uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam gewezen in het kader van schorsing in afwachting van

³⁷ *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 106, nr. 3, p. 20 (MvT) onder par. 2.1.

³⁸ Rapport ‘Schorsingen en verwijderingen in het funderend onderwijs’, Inspectie van het Onderwijs, december 2015, zie tabel 6 onder Voortgezet onderwijs. Deze tabel gaat zowel over schorsing als over verwijdering.

³⁹ Zie het rapport onder Primair onderwijs ‘Redenen van schorsingen en verwijderingen in het PO’. De schorsing kan ook te wijten zijn aan het gedrag van de ouders, zie het rapport onder ‘Wetenswaardigheden in het PO’.

⁴⁰ Bijv. Rb. Haarlem 14 april 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AW2338, r.o. 2.4. Een leerling in het voortgezet onderwijs wordt geschorst en mag niet deelnemen aan de reguliere lessen. Schorsingsbeslissing is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Een besluit dat gericht is op externe rechtsgevolgen die ontstaan in de verhouding tot een of meer anderen.

verwijdering valt af te leiden dat een school gedurende schorsing verplicht blijft om in huiswerk en begeleiding te voorzien.⁴¹ Relevant bij schorsing is namelijk dat de relatie met de leerling intact blijft. De school moet derhalve voorkomen dat de geschorste leerling een onderwijsachterstand oploopt.⁴²

Aan de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs (LKC)⁴³ worden vaker klachten over schorsing voorgelegd door ouders en leerlingen van zowel openbare als bijzondere scholen. Ook de LKC meent dat een leerling ondanks schorsing zo min mogelijk van onderwijs verstoken moet blijven⁴⁴ en dat een school, nu de onderwijskundige relatie intact blijft, maatregelen moet nemen ter voorkoming van het oplopen van een onderwijsachterstand, bijvoorbeeld door gedurende een schorsing huiswerk aan te blijven bieden.⁴⁵

Het valt binnen de beleidsvrijheid van de school om te bepalen in welke gevallen tot schorsing wordt overgegaan, daarom stelt de LKC zich ten aanzien van de schorsingsgronden terughoudend op.⁴⁶ De LKC beoordeelt over het algemeen of de school *in redelijkheid de maatregel heeft kunnen nemen*.⁴⁷ Een greep uit een aantal zaken laat zien dat de LKC onder meer meeweegt:

*‘(...) of de leerling op de hoogte was van de gedragsregels of deze behoorde te kennen, het bevoegd gezag zich bij de toepassing van de maatregelen heeft gehouden aan de door haar zelf uitgevaardigde regels en of de leerling is gehoord voordat de schorsing werd opgelegd’.*⁴⁸

Naast het horen van de leerling⁴⁹ hecht de LKC bij de procedure omtrent schorsing belang aan het horen van en het spreken met de ouders, voorafgaand aan het daadwerkelijk schorsen van de leerling:

41 Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1604, r.o. 6.3. Zolang een leerling op een school is ingeschreven, rust op de betreffende school een zorgplicht jegens hem. De schorsing betrof i.c. een lange periode.

42 C.W. Noorlander, ‘Schorsing en verwijdering. Deel II Procedurele eisen en rechtsbescherming’, *School & Wet* december 2008, p. 6; Huisman (red.) 2014, p. 123. Vgl. Storimans 2000, p. 54.

43 Sommige scholen hebben een eigen klachtencommissie, maar er bestaan ook klachtencommissies op regionaal of landelijk niveau waar diverse scholen bij aangesloten zijn. Zoals bijv. de LKC, ondergebracht bij de stichting Onderwijsgeschillen, voor het raadplegen van uitspraken/adviezen: <https://onderwijsgeschillen.nl/commissie/landelijke-klachtencommissie-onderwijs-lkc>.

44 LKC Onderwijs 106486, d.d. 18 augustus 2015, primair onderwijs.

45 LKC Onderwijs 106098, d.d. 23 april 2014, voortgezet onderwijs.

46 LKC Onderwijs 105988, d.d. 10 december 2013, voortgezet onderwijs.

47 LKC Onderwijs 104938, d.d. 1 juni 2011, voortgezet onderwijs; LKC Onderwijs 106019, d.d. 10 februari 2014, voortgezet onderwijs.

48 LKC Onderwijs 105988, d.d. 10 december 2013, voortgezet onderwijs.

49 LKC Onderwijs 104938, d.d. 1 juni 2011, voortgezet onderwijs.

‘Dat een time-out en een schorsing nuttige instrumenten kunnen zijn om rust op een school of in een klas te krijgen is een feit van algemene bekendheid in het onderwijs. Een dergelijke maatregel mag echter pas geëffectueerd worden na een gesprek met de ouders (of verzorgers) van de leerling, waarin stilgestaan wordt bij de redenen van de schorsing. Naast de noodzaak de ouders te informeren over de maatregel biedt zo’n gesprek ook de kans hen deelgenoot te maken van de beslissing en hen te overtuigen van de wenselijkheid van de maatregel. Het achterwege laten van zo een gesprek roept welhaast vanzelfsprekend verzet op van de ouders tegen de beslissing.’⁵⁰

Het recht van hoor en wederhoor speelt een belangrijke rol en goede communicatie is cruciaal.⁵¹ Ook zal de minst vergaande maatregel door de school aangewend moeten worden.⁵²

De praktijk van de LKC sluit (groten)deels aan bij Noorlander die vijf inhoudelijke voorwaarden omschrijft welke volgens hem in elk geval vereist zijn voor het opleggen van een ordemaatregel zoals schorsing.⁵³ Ten eerste dient de leerling de onjuistheid van zijn normschendend gedrag te kennen of behoren te kennen. Ten tweede dient de leerling of dienen de ouders, indien het wangedrag van de ouders betreft, enige mate van schuld te hebben gehad aan de normschending, hoewel dit niet doorslaggevend is want de maatregel kent geen bestraffend karakter. Ten derde dient het bevoegd gezag het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Het evenredigheidsbeginsel splitst Noorlander uit in de geschiktheid van de maatregel, proportionaliteit en subsidiariteit. Zo omschrijft hij dat de maatregel allereerst *geschikt* moet zijn om het gewenste effect te sorteren. De *proportionaliteit* eist verder dat de maatregel qua aard, zwaarte en gevolgen evenredig dient te zijn aan de begane verstoring van de orde. Zo moet bijvoorbeeld de duur van de schorsing in verhouding staan tot de aard en ernst van de overtreding. *Subsidiariteit* vergt dat, indien er meerdere geschikte middelen ter beschikking staan, het minst vergaande of belastende middel wordt gekozen.⁵⁴ Ten vierde dient het bevoegd gezag zorgvuldigheid te betrachten bij de belangenafweging en tot slot geldt het verbod van détournement de pouvoir. Verder merkt ook Noorlander op dat

⁵⁰ LKC Onderwijs 05.009, d.d. 25 mei 2005 primair onderwijs, vgl. LKC Onderwijs 02.045, d.d. 5 december 2002, primair onderwijs.

⁵¹ LKC Onderwijs 105740, d.d. 3 september 2013, primair onderwijs.

⁵² LKC Onderwijs 106557, d.d. 9 maart 2015 primair onderwijs, vgl. LKC Onderwijs 106196, d.d. 22 augustus 2014, primair onderwijs en LKC Onderwijs 04.006-04.007, d.d. 17 mei 2004, primair onderwijs.

⁵³ Of verwijdering, zie Noorlander 2008, Deel I, p. 8-11. Zie ook Noorlander 2005, p. 624 e.v.; Huisman & Noorlander, in: Huisman & Zoontjens (red.) 2009, p. 126 e.v.; Zie in het kort Dijkgraaf & Sarneel, in: Huisman (red.) 2014, p. 121-123.

⁵⁴ Noorlander 2008, Deel I, p. 10.

schorsing in principe pas plaatsvindt nadat de leerling, ouders en leerkracht zijn gehoord, hoewel dit niet in de wet voorgeschreven staat.⁵⁵

4. Verhouding opschorting en schorsing

Welke parallellen zijn er tussen opschorting en schorsing te trekken en welke verschillen zijn er te ontdekken?

Beide instrumenten hebben tot gevolg dat een leerling de reguliere les niet kan bijwonen; toegang tot de les wordt de leerling onthouden dan wel ontzegd. De ratio van opschorten en schorsen is vergelijkbaar. Door een leerling te schorsen wordt hij gewaarschuwd met betrekking tot bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag en worden de orde en veiligheid gewaarborgd. Achter opschorting schuilt een prikkel tot nakoming, die bij een duurovereenkomst zoals de onderwijsovereenkomst haar uitwerking voor de toekomst kan hebben. Deze prikkel kan in wezen ook aangemerkt worden als waarschuwing correct na te komen.⁵⁶ Wat verder opvalt is dat zowel opschorting als schorsing tijdelijk van aard is. Inherent aan beide bevoegdheden is dat zij niet voor onbepaalde tijd kunnen of mogen worden ingeroepen, al kan zowel opschorting als schorsing een aanloop naar ontbinding respectievelijk verwijdering zijn. Ook houdt zowel opschorting als schorsing een discretionaire bevoegdheid in en is het in beide gevallen in beginsel aan de school overgelaten haar beleid vast te stellen. De toets waaraan de twee bevoegdheden onderhevig zijn, lijkt ook parallel te lopen. In de opschortingsbevoegdheid zit ingebakken dat deze in overeenstemming met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en naar proportionaliteit moet worden gebruikt. Uit de schorsingszaken blijkt dat de rechter of geschillencommissie achteraf toetst of de school in redelijkheid tot schorsing heeft over kunnen gaan. Bij een te geringe hapering aan de kant van de leerling zal in beide gevallen niet tot actie mogen worden overgegaan.

Bij beide bevoegdheden is het niet wettelijk vereist de leerling en/of de ouders vooraf te horen. De onderwijspraktijk verlangt dit echter wel. Indien nodig kan dit bij opschorting worden ondervangen door op grond van de redelijkheid en billijkheid het vooraf horen te eisen. Een beroep op opschorting zou dan eventueel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn als het horen niet plaatsvindt (art. 6:248 lid 2). Bij schorsing zal het horen van leerling en/of ouders waarschijnlijk bij het zorgvuldig nemen van de maatregel naar voren komen.

⁵⁵ Noorlander 2008, Deel II, p. 6. Noorlander noemt het niet expliciet maar hij lijkt deze voorwaarden te hebben afgeleid van of te hebben gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die in ieder geval op een openbare school van toepassing zijn. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn niet van toepassing op bijzondere scholen. Indirect zouden deze volgens Noorlander kennelijk wel gelding kunnen hebben, namelijk in de vorm van voorwaarden die bij schorsing gelden.

⁵⁶ Ten overvloede, hierbij moet niet gedacht worden aan een ingebrekestelling.

Hoewel niet expliciet geregeld in de wet, vloeit uit beide bevoegdheden voort dat partijen niet definitief van elkaar worden bevrijd en dat de onderliggende relatie tussen leerling en school dus intact blijft. Uit het woord ‘opschorting’ blijkt in tegenstelling tot het woord schorsing dat de degene die opschort alsnog moet nakomen. Noch bij opschorting noch bij schorsing volgt uit de tekst van de wet dat een onderwijsachterstand moet worden voorkomen. Op grond van rechtspraak c.q. adviezen van de LKC moet een school bij schorsing alsnog maatregelen nemen om achterstand te voorkomen. In geval van opschorting kan, apart gezien van het alsnog moeten nakomen, een onderwijsachterstand ook worden voorkomen door de invulling dat alleen de verplichting tot toelating tot het onderwijs wordt opgeschort en daarmee het laten deelnemen aan reguliere lessen. Onderliggende verplichtingen zoals het geven van (huis)werk en instructie blijven wel in stand. Voor zover dit niet al rechtstreeks uit de opschortingsbevoegdheid zelf volgt, zal het voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid zullen dan meebrengen dat een school enkel kan opschorten wanneer de leerling tijdens opschorting alsnog (huis)werk krijgt. De leerling is in beide gevallen, gedurende schorsing of opschorting, dan ook niet ‘gewoon vrij’. Art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 40c Wpo eisen dat de schorsing aan de leerling en ouders schriftelijk bekend wordt gemaakt. In art. 6:262 en 6:52 BW staat de verplichting de opschorting mee te delen niet. Zo is in het algemeen voor een beroep op opschorting niet vereist dat aan de wederpartij kenbaar wordt gemaakt dat en waarom er wordt opgeschort, maar de eisen van de redelijkheid en billijkheid kunnen anders meebrengen volgens de Hoge Raad:

‘Evenwel kan onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat een schuldenaar pas van een hem toekomend opschortingsrecht gebruik mag maken nadat hij zijn wederpartij heeft meegedeeld dat en op welke grond de opschorting plaatsvindt. (...)’⁵⁷

Ook in het onderwijs zullen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat pas gebruik kan worden gemaakt van het opschortingsrecht indien aan de leerling dan wel de ouders is medegedeeld en zij zijn ingelicht dat, waarom en hoe lang opschorting plaats zal vinden.

Beide bevoegdheden kunnen voor een bepaald aantal dagen worden ingeroepen. De wettelijke schorsingsbepalingen geven expliciet aan dat schorsen ten hoogste

⁵⁷ HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, NJ 2012/43, m.nt. Jac. Hijma (Van Mierlo/SBS), r.o. 3.3.3. De HR vervolgt met: ‘Daarbij is in het bijzonder van belang hetgeen de wederpartij ten tijde van de opschorting wist of uit de toen bestaande omstandigheden had behoren te begrijpen, en wat degene die opschort, toen met betrekking tot die wetenschap of dit begrijpen mocht aannemen (HR 17 februari 2006, nr. Co4/275, LJN AU5663, NJ 2006/158, en HR 4 januari 1991, nr. 14063, LJN ZC0097, NJ 1991/723).’ Zie verder voor deze verwijzingen: HR 17 februari 2006, NJ 2006/158 (Spector/Fotoshop), r.o. 3.13; HR 4 januari 1991, NJ 1991/723 (Gilling/Jessurun), r.o. 3.2. Vgl. net als Gilling/Jessurun in het kader van huur: HR 6 juni 1997, NJ 1998/128 (Van Bommel/Ruigrok), r.o. 3.4.

één week, dat wil zeggen vijf schooldagen, mogelijk is. Bij opschorting is in de wet echter geen maximale termijn gegeven. Kan het opschortingsrecht in het onderwijs ook langer dan één week worden ingeroepen? Naar mijn idee is dit niet mogelijk. Er zijn verschillende wegen die naar dit resultaat kunnen leiden, mede afhankelijk van de vraag of het om een openbare of een bijzondere school gaat.

Voor het *openbaar* onderwijs gelden de schorsingsregels uit art. 40c Wpo en art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo als geschreven regels van publiekrecht. Zij zijn in de sectorwet aangemerkt als ‘Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs’.⁵⁸ Uit art. 3:14 BW volgt dat ‘een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht’. Het artikel gaat van toepasselijkheid van het privaatrecht uit,⁵⁹ maar stelt aan de uitoefening ervan paal en perk.⁶⁰ Hieruit vloeit voort dat de school geen gebruik mag maken van zijn opschortingsbevoegdheid als dit in strijd is met de publiekrechtelijke schorsingsregels.

Wanneer is sprake van strijd met deze regels? De publiekrechtelijke schorsingsregeling legt niet expliciet de privaatrechtelijke opschortingsbevoegdheid aan banden. Meer informatie over doel en strekking van deze schorsingsregeling is ook niet terug te vinden in de totstandkomingsgeschiedenis. Het ligt in de rede dat het belang van de leerling een belangrijke rol heeft gespeeld. Hij of zij zal niet te lang verstoken moeten blijven van onderwijs.⁶¹ Dit is in lijn met het recht op

⁵⁸ Het Inrichtingsbesluit Wvo uit 1993 is o.a. een uitwerking van art. 27 Wvo.

⁵⁹ Ik ga er in deze bijdrage bij het toepassen van art. 3:14 BW van uit dat het privaatrechtelijke opschortingsrecht gebruikt mag worden. Een voorvraag is evenwel of dit inderdaad mag: Wat als beide regelingen zich aandienen, mag een school dan van het privaatrecht in plaats van het publiekrecht gebruikmaken? Voor het openbaar onderwijs kan hier kan mogelijk de vraag naar de ‘doorkruisingsleer’ die in 1990 m.n. is voortgekomen uit het arrest *Staat/Windmill* (HR 26 januari 1990, NJ 1991/393) dan wel een vergelijkbare vraag naar ‘onaanvaardbare doorkruising’ in beeld komen. Met het oog op de omvang van deze bijdrage laat ik deze (voor)vraag hier evenwel onbesproken.

⁶⁰ Art. 3:14 BW is voornamelijk gericht op een overheid die privaatrechtelijk handelt en heeft tot doel daarop ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur binnen te halen. Scheltema in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:14 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt 1 januari 2013), zie ook aant. 23 en *Ikon*-arresten: HR 27 maart 1987, NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Ikon I*); HR 22 maart 1991, NJ 1994/170, m.nt. M. Scheltema (*Ikon II*).

⁶¹ Vgl. Rb. (vzr.) Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3305, r.o. 4.4. De voorzieningenrechter achtte het niet gerechtvaardigd de wettelijke schorsingstermijn van een week te overschrijden wanneer een basisschool het traject is ingegaan tot definitieve verwijdering van een leerling: ‘Als schorsing voor langer dan een week zou worden toegestaan dan zou in feite de wetsbepaling zinledig worden dat een leerling pas van een basisschool verwijderd mag worden nadat een andere school voor hem is gevonden. Uit deze wetsbepaling spreekt de norm dat het onwenselijk is dat een leerling op een basisschool lange tijd thuis komt te zitten en dan verstoken blijft van scholing. Door een langdurige schorsing toch toe te staan wordt deze norm geschonden.’

onderwijs dat bijvoorbeeld in art. 28 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) verankerd ligt.⁶² Deze bepaling is voornamelijk gericht op de beschikbaarheid en toegankelijkheid van onderwijs.⁶³ Er is ook aandacht voor de impact van disciplinaire maatregelen:

‘De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om te verzekeren dat de wijze van handhaving van de discipline op scholen verenigbaar is met de menselijke waardigheid van het kind en in overeenstemming is met dit Verdrag.’⁶⁴

Disciplinaire maatregelen op school dienen in overeenstemming te zijn met het IVRK en daarmee met het beginsel van ‘best interest of the child’. Het belang van het kind staat voorop.⁶⁵ Naar alle waarschijnlijkheid zal ook de schorsingsbevoegdheid met het oog op het belang van het kind tot maximaal één week zijn teruggebracht. Het opschortingsrecht zal met dezelfde belangen rekening moeten houden als de schorsingsbepaling doet. Door uitoefening van het opschortingsrecht te beperken, heft art. 3:14 BW het verschil tussen schorsing en opschorting op dit punt op. Gevolg hiervan is dat opschorten in onderwijsverband niet langer dan één week mogelijk is. Het opschortingsrecht in onderwijsverband is daarmee in overeenstemming met het beginsel van ‘best interests of the child’.

Een tweede mogelijkheid om aan deze belangen tegemoet te komen, is door deze belangen mee te laten wegen bij de uitleg van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Op grond van art. 3:12 BW moet bij de vaststelling van wat deze maatstaven eisen onder meer rekening worden gehouden met ‘algemeen erkende rechtsbeginselen en met de in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Dit betekent dat bij de uitleg van de opschortingsbevoegdheid niet alleen rekening zal moeten worden gehouden met ‘the best interests of the child’ en de eisen die uit het IVRK voortvloeien, maar ook met de Nederlandse praktijk om schorsing niet langer dan een week toe te staan.⁶⁶

62 Art. 28 IVRK (1989; voor Nederland in werking getreden in 1995) betreft een uitwerking van art. 7 Verklaring van de Rechten van het Kind (1959). Het recht op onderwijs komt in andere bewoordingen o.a. terug in: art. 26 UVRM (1948); art. 2 EP EVRM (1952); art. 7 e.a. ESH (1961); art. 13 IVESCR (1966); art. 18 IVBPR (1966); art. 14 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000, vervangen in 2012).

63 M. Verheyde, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 28 The Right to Education*, Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 15 e.v.; Zie voorts over art. 28 IVRK M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012, p. 421 e.v.

64 Art. 28 lid 2 IVRK, waarover Verheyde 2006, p. 60 e.v.; Blaak 2012, p. 423.

65 Zie art. 3 lid 1 IVRK.

66 De vraag of uitoefening van de opschortingsbevoegdheid door een openbare school (tevens) een besluit oplevert, bijv. omdat deze als een gemengd privaat- en publiekrechtelijke rechtshandeling zou kunnen worden beschouwd, en de hiermee samenhangende vraag in hoeverre dit implicaties heeft voor rechterlijke competentie, laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

Voor het *bijzonder* onderwijs is het onduidelijk in hoeverre de schorsingsbevoegdheid een publiekrechtelijke bevoegdheid voor bijzondere scholen oplevert. Gelden de bekostigingsvoorwaarden – waaronder ook de schorsingsbevoegdheid – als algemeen verbindende voorschriften of functioneren zij als zodanig?⁶⁷ De literatuur is hierover niet duidelijk. Soms wordt gesteld dat de voorwaarden inderdaad enkel op de bekostiging zien en derhalve alleen gericht zijn tot de school, met als gevolg dat zij slechts werken in de relatie tussen de overheid en de school. Om werking te kunnen hebben in de interne relatie tussen de leerling en de school zou er dan een doorvertaling of omzetting nodig zijn, bijvoorbeeld in een contract.⁶⁸ Deze opvatting wordt ook wel genuanceerd. Zo spreekt men over de bekostigingsvoorwaarden ook wel in termen van interne werking of rechtstreekse gelding in de relatie van de school tot de leerling.⁶⁹ En ook in termen van doorwerking of derdenwerking.⁷⁰ Afhankelijk van strekking en formulering zal een bekostigingsvoorwaarde toch kunnen gelden in de interne relatie met een leerling. Dit lijkt bij de schorsingsbevoegdheid in de rede te liggen. Het voelt immers vreemd aan dat een leerling geen aanspraak op de vijf dagen termijn zou kunnen maken, terwijl de schorsingsregeling juist ziet op de positie van de leerling.

67 Het onderscheid tussen algemeen verbindend voorschrift en bekostigingsvoorwaarde is niet scherp te trekken: B.P. Vermeulen in zijn noot onder ABRvS 18 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5665, AB 2006/34.

68 Volgens Vermeulen en Zoontjens is er een ‘doorvertaling’ van de voorwaarden in statuten van het bevoegd gezag van een bijzondere school nodig wil de inhoud van de bekostigingsvoorwaarden werking hebben in de relatie met leerlingen. Er moet zijn ‘door gecontracteerd’ willen deze werken in de interne relatie: B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Het “algemene” bestuursrecht en het “bijzondere” onderwijsrecht’, in C.J.A.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (Preadvies VAR-reeks 124), Den Haag: BJu 2000, p. 65 e.v. Zie over de status van bekostigingsvoorwaarden ook: W.J.J. Beurskens, ‘Het rechtskarakter van de “bekostigingsvoorwaarden” voor het bijzonder onderwijs I’, *RMThemis* 1988/7, p. 317-333 en deel II in *RMThemis* 1988/8, p. 369-381; P.J.J. Zoontjens, ‘Bekostigingsvoorwaarden in het onderwijs’, *NTOR* 1990/1, p. 31-47; P.J.J. Zoontjens, ‘Regelgeving en principes’, in: R. Klaver & F. de Vijlder (red.) *Wat is goed onderwijs? Bestuur en regelgeving*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010, p. 76,77.

69 Niet altijd is een ‘doorvertaling’ nodig, zie de nuancering van Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 67 e.v.; B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *Governance in het openbaar onderwijs II: Hoe kan de positie van de stichting voor openbaar onderwijs zoveel mogelijk in overeenstemming gebracht worden met de positie van het bevoegd gezag van een bijzondere school?*, Amsterdam, oktober 2006, par. 5 en 7. Onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 177, nr. 3, p. 2 over een nietigheidsbepaling (oud): ‘Het feit dat de nietigheid in het primair onderwijs aldus geregeld wordt in een afdeling “Regelen voor openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs” levert geen beletsel op voor een rechtstreekse werking, omdat dit laatste uit de redactie van de bepaling dient te worden afgeleid. Nietigheid van een overeenkomst kan immers bezwaarlijk als een bekostigingsvoorwaarde worden gezien.’ Vgl. Sperling 2009, p. 60, onder verwijzing naar Hof ‘s-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628, r.o. 3.2.

70 Noorlander 2008, Deel II, p. 9; Noorlander 2005, p. 271 e.v., vgl. p. 500 voetnoot 232, p. 645.

Hoe dan ook zal naar mijn idee met de inhoud van de schorsingsbepaling rekening kunnen worden gehouden. Ook wanneer er niet vooraf is gecontracteerd kan bij uitstek via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot uiting komen dat opschorten niet langer dan één week mogelijk is. Dit werkt op dezelfde wijze zoals zojuist is toegelicht. Daarnaast kan mogelijk ook art. 3:14 BW, wanneer er wel interne werking van de schorsingsbepaling uitgaat, meebrengen dat opschorting door een bijzondere school niet langer kan dan aangegeven in de schorsingsbepaling. De bepaling werkt in zoverre ook intern en zal gelet op het hierover eerder opgemerkte op grond van art. 3:14 BW niet omzeild kunnen worden. Art. 3:14 BW is dan wel voornamelijk gericht op een overheid die privaatrechtelijk handelt, maar het artikel spreekt van 'iemand', dus ook een particulier,⁷¹ of bijvoorbeeld een bijzondere school zal zich aan deze bepaling moeten houden. Voor zover het bij schorsing in afwachting van verwijdering toch geoorloofd is de schorsingstermijn te verlengen, zal gelijkelijk ook bij opschorting in aanloop naar ontbinding, verlengd kunnen worden.

Is het nodig schorsing en opschorting van elkaar te onderscheiden? Schorsing kan in het onderwijs mogelijk ook worden gezien als invulling van opschorting. Opschorting in het BW is immers van aanvullend ofwel regelend recht. Wanneer partijen expliciet overeen zijn gekomen waarom en hoe in bepaalde gevallen zal kunnen worden geschorst, kan dit meebrengen dat hiermee tevens kleuring of invulling is gegeven aan de mogelijkheid van opschorting. Dan prevaleert ten opzichte van het opschortingsrecht uit Boek 6 BW wellicht de overeengekomen procedure die bijvoorbeeld in de schoolgids staat omschreven en onderdeel uitmaakt van de overeenkomst. Ten overvloede, hoewel opschorting van aanvullend recht is en er dus van zou kunnen worden afgeweken, kan er niet buiten de schorsingsvereisten van de Wpo en het Inrichtingsbesluit Wvo worden omgegaan, met deze vereisten zal de school alsnog rekening moeten houden en deze kunnen niet worden omzeild.

In welke gevallen zal er kunnen worden opgeschort en geschorst? Naar mijn idee zal opschorting en schorsing veelal in dezelfde gevallen kunnen worden toegepast. Als de leerling lessen verzuimt, zal zowel opschorting als schorsing niet direct voor de hand liggen. Maar beide bevoegdheden kunnen wel aangewend worden wanneer een leerling zich niet houdt aan de verplichting geen orde verstorend gedrag binnen school te vertonen. Toch lijkt opschorting een ruimer bereik te hebben dan schorsing. Over het algemeen lijkt een actie tot schorsing ingeroepen te kunnen worden wanneer er sprake is van kort gezegd 'wangedrag'.⁷² Denk bijvoorbeeld aan storend gedrag in de les, fysiek of verbaal geweld of bedreiging. Buiten 'wangedrag' lijkt schorsing iets minder voor de hand te liggen. Dit begrip is

71 Scheltema in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:14 BW, aant. 10 (online, laatst bijgewerkt 1 januari 2013) onder verwijzing naar *MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, p. 1055.

72 Dit begrip is niet vastomlijnd en komt niet voor in de wet. Wel wordt het begrip genoemd in het kader van verwijdering in *Kamerstukken II 1976-1977*, 14 428, nr. 3 (MvT). In de eerder aangehaalde *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 106, nr. 3, p. 20 (MvT) wordt gesproken over 'bepaald zeer ontoelaatbaar gedrag'.

evenwel tot op bepaalde hoogte voor diverse interpretaties vatbaar. Uitwerking is overgelaten aan de school, zij kan in haar schoolgids of leerlingenstatuut opnemen in welke gevallen tot actie kan worden overgegaan. Het kan dus zijn dat beide bevoegdheden dezelfde gevallen beslaan. Maar stel dat partijen in een onderwijs-overeenkomst een specifieke verplichting overeenkomen die niet direct verband houdt met het gedrag van een leerling of de veiligheid van anderen, dan kan wellicht wel worden opgeschort en is het de vraag of geschorst kan worden. Opschorting is verbonden aan de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst. Ik acht het goed voorstelbaar dat een school gevoelsmatig eerder neigt naar opschorting dan schorsing wanneer de niet-nakoming van een verplichting niet direct op het gedrag van een leerling valt terug te voeren, nu schorsing toch een bepaald ‘vinger wijzend’ karakter heeft. Opschorting lijkt neutraler te zijn en het dichter bij de school zelf te houden: het is de school die haar eigen verplichting opschort.

Als beide bevoegdheden niet lijken te verschillen, kan de vraag worden gesteld waarom opschorting mogelijk moet zijn. Naar mijn idee geeft het instrument opschorting meer helder en zuiver weer wat er in wezen gebeurt: het opschorten van de eigen verplichting. Vanwege zijn ingebakken afwegingsmaatstaf naar proportionaliteit en inbedding in de redelijkheid en billijkheid leent het middel opschorting zich voor toepassing in het onderwijs. Het opschortingsrecht kan een mooie afwegingsmaatstaf bieden die te gebruiken valt in reactie op niet-nakoming van de onderwijsovereenkomst door een leerling. Daarnaast is inherent aan opschorting dat er alsnog moet worden nagekomen, dat het enkel een uitstel betreft, dus dat de school niet geheel van haar verplichting is bevrijd. Eigen aan opschorting is dat de rechtsverhouding vooralsnog intact blijft. Bovendien kan naar mijn idee bij opschorting alsnog zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs rekening worden gehouden met het publiekrechtelijke schorsingskader en wordt er geen afbreuk gedaan aan procedurele waarborgen die hieruit voortvloeien.

Hoe gaat de civiele rechter om met vragen over opschorting en schorsing in het onderwijs?

5. Schorsing en opschorting voor de civiele rechter

De civiele rechter buigt zich over schorsingszaken in het bijzonder onderwijs.⁷³ Hij lijkt het voorgelegde geschil door middel van een soortgelijke toets als de bestuursrechter en de LKC te beoordelen. Hij gaat na, een zekere mate van beleidsvrijheid van de school in acht nemend, of de school in redelijkheid tot het

73 Rb. Almelo (sector kanton) 21 september 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BN7873; voor een schorsingsgeschil in het openbaar onderwijs is de bestuursrechter aangewezen.

gevoerde beleid of een getroffen maatregel heeft kunnen komen.⁷⁴ De civiele rechter hanteert kort gezegd eveneens een terughoudende of marginale toets. Ook de civiele rechter ziet noodzaak te waken voor een te vergaande of buitenproportionele reactie van het bevoegd gezag op het handelen van een leerling. Indien mogelijk zal dan ook volgens de civiele rechter een minder vergaande sanctie moeten worden gekozen.⁷⁵

De vordering voor een civiele rechter is vooral gericht op het weer toelaten van de leerling tot het onderwijs, vandaar dat het voornamelijk zaken betreft in kort geding. De grondslag die voor wedertoelating wordt aangevoerd is niet altijd even duidelijk uit de uitspraak te destilleren. De vordering kan in de sleutel van onrechtmatige daad of in het kader van het niet nakomen van een onderwijsovereenkomst worden geplaatst. Ook de rechter laat zich er niet specifiek over uit.⁷⁶ Het oordeel zal bijvoorbeeld luiden dat een geschorste leerling weer moet worden toegelaten omdat de school niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.

De vraag naar de mogelijkheid tot opschorting in het bijzonder onderwijs deed zich voor in een specifiek geval.⁷⁷ Een twaalfjarige jongen begint een vier jaar durende VMBO-opleiding tot Matroos Binnenvaart aan de Maritieme Academie Harlingen (MAH). Hij wordt verplicht in het derde en vierde jaar intern te komen wonen. Het derde jaar wordt hem een ontheffing verleend, maar in het vierde jaar is hij gehouden intern te komen. Wanneer de ouders om hen moverende redenen

74 Rb. (vzr.) Den Haag 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3827, r.o. 4.2 en 4.3 (voortgezet onderwijs). Vgl. Rb. (vzr.) Zwolle 3 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8868, r.o. 14 in het kader van speciaal onderwijs en de Wet op de expertisecentra (voortgezet onderwijs).

75 Rb. (vzr.) Haarlem 16 april 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD0171 (voortgezet onderwijs). Inzake een leerling die al dan niet medeplichtig was aan het afsteken van een bootfakkel in het schoolgebouw en definitief werd verwijderd: de school 'had kunnen volstaan met een schorsing van een (op grond van artikel 14, eerste lid, Inrichtingsbesluit W.V.O. maximaal toegestane) termijn van een week', r.o. 4.14; vgl. Rb. (vzr.) Zwolle-Lelystad 20 januari 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AV4857 (voortgezet onderwijs), r.o. 4.8; vgl. Rb. (vzr.) Breda 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015 (voortgezet onderwijs), r.o. 3.5; vgl. Rb. (vzr.) Zeeland-West-Brabant 20 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9954 (middelbaar beroepsonderwijs), r.o. 3.14, 3.15.

76 Rb. (vzr.) Breda 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015 (voortgezet onderwijs), r.o. 3.2: 'Eisers leggen aan hun vordering ten grondslag dat gedaagde *tekort schiet in de nakoming van de onderwijsovereenkomst* nu zij zich niet heeft gehouden aan de regelgeving met betrekking tot schorsing en verwijdering, aangezien alleen [A] en niet zijn ouders voorafgaand aan het besluit tot definitieve verwijdering is gehoord. Nu [A] als gevolg van dit verwijderingsbesluit schade ondervindt, is het verwijderingsbesluit naar het oordeel van eisers *onrechtmatig*.' Er wordt niet duidelijk gemaakt op welke grondslag de rechter zelf vervolgens toetst, dat laat de rechter bij schorsingszaken vaak niet precies zien.

77 Deze zaak heb ik in een eerdere bijdrage uitgebreid besproken: S. Voskamp, 'Opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW toegepast in verhouding onderwijsinstelling en leerling', *Overmeester Magazine over onderwijs en recht* 2016/1, p. 16-20. In onderhavige bijdrage herhaal ik voor een deel het daarin besprokene, maar bouw er ook op voort.

hieraan geen gehoor geven, wordt uiteindelijk de leerling de toegang tot het onderwijs ontzegd.

In kort geding wordt toelating tot het onderwijs gevorderd, maar de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem wijst de vordering af.⁷⁸ In de hierop volgende bodemprocedure vorderen de ouders mede in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun zoon o.a. een verklaring voor recht dat Dunamare (het bestuur van de MAH) aansprakelijk is voor geleden en nog te lijden schade. Inmiddels heeft de jongen na het derde jaar overgedaan te hebben een VMBO-opleiding zonder maritieme aantekening voltooid. Aan de vordering wordt blijkens de uitspraak ten grondslag gelegd dat Dunamare toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar contractuele verplichtingen (art. 6:74 BW) althans onrechtmatig heeft gehandeld (art. 6:162 BW) jegens de ouders en de jongen door hem niet tot de lessen van het vierde jaar toe te laten.⁷⁹

De ouders menen dat de school buiten toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden (schorsen en/of verwijderen) niet bevoegd was om de jongen de toegang tot de lessen te ontzeggen omdat de publiekrechtelijke bevoegdheden tot schorsing en/of verwijdering uitputtend zijn geregeld in de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo en daarom aan toepassing van de algemene rechtsmiddelen uit Boek 6 BW in de weg staan. Bovendien kan er volgens hen geen beroep worden gedaan op Boek 6 BW omdat er geen onderwijsovereenkomst zou bestaan.⁸⁰

De Rechtbank Noord-Nederland concludeert dat er wel sprake is van een onderwijsovereenkomst,⁸¹ die beschouwd moet worden als een wederkerige overeenkomst in de zin van art. 6:261 BW, hetgeen betekent dat:

‘(...) aan [A] c.s., in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van [C], en Dunamare in beginsel de in boek 6 van het BW genoemde rechten (bijvoorbeeld schadevergoeding) en bevoegdheden (bijvoorbeeld opschorting en ontbinding) toekomen indien de ene partij ten opzichte van andere partij tekortschiet in de nakoming van een uit de onderwijsovereenkomst voortvloeiende verbintenis. Deze dus ook aan Dunamare toekomende, privaatrechtelijke rechten en bevoegdheden doorkruisen niet haar publiekrechtelijke bevoegdheid, op grond van onderwijsreggeving, om een leerling te schorsen en/of te verwijderen.’⁸²

⁷⁸ Rb. Haarlem 17 oktober 2011, ECLI:NL:RNHAA:2011:BU6957.

⁷⁹ Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 3.2.

⁸⁰ Deze stelling verrast, gelet op de blijkens de uitspraak primair aan de vordering ten grondslag gelegde rechtsgrond, te weten het tekortschieten in de nakoming van een contractuele verplichting. Zie Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.1 en 3.2.

⁸¹ De rechtbank komt zonder nadere toelichting tot deze conclusie op basis van de Wet educatie beroepsonderwijs (Web), waar in art. 8.1.3 van een onderwijsovereenkomst wordt uitgegaan. De Web ziet evenwel niet op een VMBO-opleiding, daarop is namelijk de Wvo van toepassing.

⁸² Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.2.

Wat de rechtbank met ‘niet doorkruisen’ precies bedoelt en waarom daarvan geen sprake is wordt niet toegelicht.

De ouders doen verder – zij het niet met zo veel woorden – een beroep op het tweede lid van art. 6:262 BW. Volgens hen is hun zoon slechts in zeer beperkte mate zijn verplichting jegens Dunamare niet nagekomen, waardoor het ontzeggen van toegang tot de lessen niet gerechtvaardigd is in de zin van lid 2. De rechtbank is evenwel van oordeel dat lid 2 niet aan de orde is:

*‘(...) Ingeval van **gedeeltelijke of niet behoorlijke** nakoming, is opschorting slechts toegestaan voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt, aldus artikel 6:262 lid 2 BW. Voor zover in de stelling van [A] een beroep op artikel 6:262 lid 2 BW besloten ligt, faalt dit beroep. Duidelijk is immers dat [C] **in zijn geheel niet** heeft voldaan aan zijn internaatsverplichting. Dit betekent dat artikel 6:262 lid 2 BW niet van toepassing is. **Ook overigens, los van het voorgaande**, oordeelt de rechtbank dat Dunamare in de gegeven omstandigheden in redelijkheid kon besluiten [C] de toegang tot de lessen te ontzeggen, in reactie op de niet-nakoming van de internaatsverplichting.’⁸³*

Volgens de rechtbank is de school kortom niet aansprakelijk omdat zij bevoegd was om haar verplichting tot het geven van lessen en verschaffen van toegang tot de school ex art. 6:262 BW op te schorten toen de jongen zich niet meldde op het internaat om daar zijn vierde jaar te wonen.⁸⁴

In hoger beroep betogen ouders dat er geen sprake is van een onderwijsovereenkomst. Verder richten zij zich tegen toepassing van art. 6:262 BW. Zij geven aan dat de rechtsverhouding tussen school en leerling zozeer wordt beheerst door het onderwijsrecht, als *lex specialis*, dat de rechtsverhouding primair daardoor wordt bepaald. Op de algemene middelen uit Boek 6 kan geen beroep worden gedaan nu die als *lex generalis* hebben te gelden, zeker wanneer die middelen in strijd zijn met specifiek toepasselijke onderwijsrechtelijke rechten en plichten van de school. Daarnaast zal een beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, aldus de ouders.⁸⁵ De school betwist dit en meent dat de bepalingen omtrent schorsing en verwijdering uit de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo niet van toepassing zijn op de verhouding tussen haar als bijzondere school en de leerling nu deze bepalingen enkel bekostigingsvoorwaarden zijn, waaraan een leerling geen rechten kan ontlelen.⁸⁶

⁸³ Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7.

⁸⁴ Rb. Noord-Nederland 18 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3076, r.o. 4.7, zie ook r.o. 4.2.

⁸⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.2 en 7.13.

⁸⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.15.

Volgens het hof is er wél sprake van een wederkerige overeenkomst⁸⁷ tussen enerzijds het bevoegd gezag en anderzijds de leerling, de ouders krijgen wat dat betreft dus ongelijk.⁸⁸

Maar ook de school krijgt deels ongelijk. Volgens het hof zijn namelijk op deze overeenkomst wél de bepalingen van de Wvo waaronder die over schorsing en verwijdering van toepassing. Het hof neemt in acht dat de Wvo spreekt van ‘Regelen voor het openbaar onderwijs en voorwaarden ter bekostiging van het bijzonder onderwijs’ waarin omschreven wordt waaraan het onderwijs op een school voor voortgezet onderwijs moet voldoen wil het onderwijs bekostigd worden en oordeelt dat niet is gebleken bij het aangaan van de overeenkomst of nadien dat de school niet zal voldoen aan de in de Wvo gestelde eisen. Gelet op de financiering van de school door de overheid ligt dat ook niet voor de hand. De leerling en zijn ouders mochten daarom redelijkerwijs verwachten dat de school zich bij de invulling van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst zou houden aan de bepalingen van de Wvo. De bepalingen uit de Wvo en het Inrichtingsbesluit zijn volgens het hof wel op de onderwijsovereenkomst tussen de leerling en het bevoegd gezag van toepassing en vullen de verplichtingen van het bevoegd gezag jegens de leerling in. De leerling kan zich volgens het hof dan ook wel degelijk op die bepalingen beroepen.⁸⁹

Voor de vraag of deze bepalingen aan een opschortingsbevoegdheid uit Boek 6 BW in de weg staan, staat het hof stil bij schorsing en verwijdering zoals volgt uit de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo. Art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo en art. 27 Wvo jo. art. 14 Inrichtingsbesluit Wvo (over verwijdering) zullen ‘meestal worden toegepast bij (vermeend) wangedrag van de leerling (of eventueel diens ouders), maar het toepassen van deze maatregelen is niet beperkt tot situaties van wangedrag’, aldus het hof.⁹⁰ Het zijn volgens het hof dan ook niet slechts tuchtmaatregelen bij wangedrag, zij kunnen ook in andere situaties worden toegepast.⁹¹ Het hof stelt vervolgens vast dat de Wvo en het Inrichtingsbesluit Wvo niet voorzien in een opschorting door de school van de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst met de leerling, inhoudende geen gelegenheid

87 Het hof gaat in r.o. 7.3 tot 7.10 uitgebreid in op de voorwaarden voor een wederkerige overeenkomst toegepast op het onderwijs.

88 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.11, het hof merkt op dat voor de vraag wie er aan de zijde van de ouders en de leerling als partijen zijn aan te merken als uitgangspunt heeft te gelden dat indien partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden hebben uitgesproken of de ouders voor zichzelf dan wel in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van hun kind dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optreden, de wederpartij er van uit mag gaan dat de ouders de onderwijsovereenkomst uitsluitend in naam van hun kind hebben gesloten. Over deze vraag naar partijverhouding zie eerder: Voskamp 2015, p. 211-233.

89 Zie r.o. 7.17 voor de hier uiteengezette overweging, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502.

90 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14.

91 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14.

geven de lessen bij te wonen totdat de leerling aan zijn verplichtingen voldoet.⁹² Ook het leerlingenstatuut en het protocol van schorsing en verwijdering van de school voorzien niet in een opschortingsbevoegdheid. Wel wordt er bijvoorbeeld gesproken van strafwerk en nablijven, en een time-out, maar opschorting staat er niet bij.⁹³

Volgens het hof heeft opschorting vergaande gevolgen voor de leerling: voor een deel komen deze overeen met de gevolgen van schorsing, namelijk het niet krijgen van onderwijs. Maar opschorting heeft mogelijk ook consequenties voor de leerling gelet op de Leerplichtwet. Voor de vraag naar toepasselijkheid van het opschortingsrecht uit Boek 6 BW acht het hof (ambtshalve de rechtsgronden aanvullend) van belang dat de Leerplichtwet bepalingen bevat over schorsing en verwijdering van leerlingen.⁹⁴ Een leerling handelt in strijd met zijn verplichting de school geregeld te bezoeken, tenzij hem 'bij wijze van tuchtmaatregel tijdelijk de toegang tot de school is onttrokken', art. 11 sub c Leerplichtwet. De school heeft volgens het hof uitdrukkelijk aangegeven dat de opschorting niet als tuchtmaatregel moet worden gezien, omdat de leerling zich niet heeft misdragen. Nu de opschorting geen tuchtmaatregel betrof, kwam de leerling volgens het hof in een situatie waarin hij in strijd handelde met de op hem rustende verplichting de school geregeld te bezoeken.⁹⁵

De school stelt dat opschorting een noodzakelijke aanvulling op schorsing en verwijdering was nu de leerling zich niet 'ernstig ongewenst of grensoverschrijdend heeft misdragen', hetgeen vereist was in het protocol van de school om te kunnen schorsen. Het hof gaat hier niet in mee. Als ik het goed zie, meent het hof dat het schorsings- en verwijderingsprotocol ook ziet op gevallen buiten kort gezegd 'wangedrag' zodat de school i.c. had kunnen schorsen. Volgens het hof ziet 'ernstig ongewenst/grensoverschrijdend gedrag' op meer dan op wangedrag. Het structureel dan wel bij herhaling overtreden van de voorschriften van de school valt volgens het protocol onder dit begrip grensoverschrijdend gedrag. Het niet houden aan de internaatsverplichting valt volgens het hof dan ook aan te merken als grensoverschrijdend gedrag, waardoor de school de leerling had kunnen schorsen. Het protocol lijkt hoe dan ook de bevoegdheid te bieden een leerling die zich niet houdt aan de internaatsverplichting te schorsen.⁹⁶

Verder betoogt de school dat opschorting i.c. meer soelaas bood, nu schorsing slechts voor een week mogelijk is en opschorting voor de leerling minder ingrijpende gevolgen had dan een schorsing of verwijdering. Het hof volgt haar hierin niet. Art. 13 Inrichtingsbesluit Wvo staat er volgens het hof niet aan in de weg om een schorsing te verlengen indien het bevoegd gezag besluit de leerling te

92 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.14 vervolg.

93 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.19.

94 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.18.

95 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.19 vervolg.

96 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.20 en 7.21.

verwijderen.⁹⁷ De schorsing kan dan worden verlengd in afwachting van het besluit tot verwijdering, zo overweegt het hof. Volgens het hof had de school:

‘(...) wanneer nakoming van de internaatsverplichting door [eiser3] haar menens was [eiser3] kunnen schorsen in afwachting van een besluit tot definitieve verwijdering. Zij zou de schorsing kunnen intrekken en van het besluit tot verwijdering kunnen afzien zodra [eisers] zouden aangeven dat [eiser3] alsnog naar het internaat zou gaan. Het hof vermag dan ook niet in te zien dat, zoals [geïntimeerde] stelt, toepassing van de opschortingsbevoegdheid [geïntimeerde] meer flexibiliteit bood, en voor [eiser3] minder ingrijpende gevolgen had, dan het nemen van besluiten tot schorsing en verwijdering.’⁹⁸

Kort samengevat acht het hof van belang dat de Wvo niet voorziet in een bevoegdheid tot opschorting, maar wel tot schorsing en verwijdering. Daarnaast dat de bepalingen van de Wvo en de daarop gebaseerde regels betreffende schorsing en verwijdering van toepassing zijn op de onderwijsovereenkomst. Verder dat opschorting, anders dan schorsing en/of verwijdering, tot gevolg heeft dat de jongen de Leerplichtwet overtreedt. Tevens dat het bevoegd gezag de bevoegdheid had in reactie op de niet-nakoming van de internaatsverplichting, de leerling te schorsen en te verwijderen en daarmee kon bereiken wat zij met opschorting kon bereiken. En tot slot dat de procedure van schorsing en verwijdering, anders dan opschorting, met waarborgen is omkleed.⁹⁹ In tegenstelling tot de rechtbank komt het hof tot de conclusie dat:

‘het [geïntimeerde] niet vrij [stond] om op de in haar visie bestaande schending van de internaatsverplichting te reageren met een opschorting van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst, daarin bestaande dat zij [eiser3] niet in de gelegenheid stelde de lessen bij te wonen. [geïntimeerde] had, desgewenst, gebruik moeten maken van de haar ten dienste staande bevoegdheden tot schorsing en verwijdering’.¹⁰⁰

De school is volgens het hof dan ook toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar kernverplichting uit de overeenkomst, nu zij kort gezegd de leerling in reactie op het niet nakomen van de internaatsverplichting ten onrechte, zonder hem te schorsen of te verwijderen, de toegang tot de lessen heeft ontzegd. De school is schadeplichtig.¹⁰¹ Wel oordeelt het hof dat er sprake is van eigen

⁹⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.22. Vgl. Rb. (vzr.) Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3305, r.o. 4.4, in het primair onderwijs, zie hiervoor voetnoot 61. De rechtbank gaat over tot het toewijzen van de vordering tot ‘het ongedaan maken van de schorsing’, dat lijkt mij lastig te bewerkstelligen. Eerder spreekt de rechtbank van het ‘opheffen van de schorsing’, dat lijkt mij passender.

⁹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.22.

⁹⁹ Zie voor de precieze weergave van deze vijf omstandigheden, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.24.

¹⁰⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.24 slot.

¹⁰¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502 r.o. 7.24 slot.

schuld.¹⁰² Zowel het niet nakomen van de internaatsverplichting als het opschorten hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. In het kader van art. 6:101 BW komt het hof dan ook tot een verdeling dat zowel de school als de leerling ieder de helft van de schade moet dragen.¹⁰³

Het hof lijkt in algemene zin opschorting in het onderwijs van de hand te wijzen.¹⁰⁴ De invulling die de maritieme school aan het opschortingsrecht heeft gegeven was volgens het hof in ieder geval niet geoorloofd. Voor zover het hof heeft willen oordelen dat opschorting nooit mogelijk is, is dat naar mijn idee onjuist. Het opschortingsrecht kan immers op verschillende manieren worden ingevuld, waarbij rekening gehouden kan en moet worden met procedurele waarborgen die uit schorsingsregels voortvloeien. Bovendien, ook al is de leerling niet fysiek aanwezig en wordt de leerling tijdens opschorting net zo goed als gedurende schorsing niet tot de reguliere les toegelaten, toch zal de school de leerling huiswerk en instructie moeten geven en alsnog moeten nakomen. Evenmin als bij schorsing komt dan de Leerplichtwet in het gedrang.

Het hof acht ook nog problematisch dat de door de school aangevoerde reden – waarbij de opschortingsbevoegdheid niet is aangewend als tuchtmaatregel – ertoe leidt dat de leerling handelt in strijd met de Leerplichtwet. Het hof ziet hier zijn eigen opmerking over het hoofd dat ook de publieke schorsingsregeling voorziet in toepassing anders dan bij wijze van tuchtmaatregel.¹⁰⁵ In r.o. 7.14 refereert het hof aan deze mogelijkheid.

Mijns inziens had een andere mogelijke benadering kunnen zijn dat de school wel mocht opschorten, zij het niet langer dan de wettelijke schorsingstermijn. Na een eventuele verlenging had de school over moeten gaan tot het beëindigen van de overeenkomst. Uiteindelijk wordt daarmee hetzelfde resultaat geboekt.

¹⁰² Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, vanaf r.o. 7.25 e.v.

¹⁰³ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, vanaf r.o. 7.41 e.v.

¹⁰⁴ Het hof noemt het niet expliciet maar het oordeel lijkt te zijn ingegeven vanuit een door-kruisingsachtige gedachte. In een andere zaak over o.a. schorsing en opschorting inzake een piloot in opleiding overweegt het Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.8: '(...) dat een beroep van DFA op schorsing van [appellant] beschouwd moet worden als een beroep op opschorting van DFA van haar verplichtingen, zoals dit ook door DFA bij gelegenheid van de schriftelijke pleidooien als zodanig is aangeduid (...)'; r.o. 2.15: 'In het vooraanstaande ligt besloten dat DFA [appellant] ten onrechte heeft geschorst van de opleiding en daarmee DFA geen beroep op opschorting toekomt. (...) Nu aldus is vastgesteld dat DFA ten onrechte haar verplichtingen uit hoofde van de leerovereenkomst heeft opgeschort, staat daarmee tevens vast dat zij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst (...).'

¹⁰⁵ Ik heb niet kunnen achterhalen of in de Leerplichtwet met 'bij wijze van tuchtmaatregel de toegang ontzeggen' puur en alleen het oog gericht is op schorsing.

6. Opschorting en schorsing: een van tweeën of van tweeën een?

Het Hof Arnhem-Leeuwarden meende dat het de maritieme school niet vrijstond om op te schorten totdat de leerling aan zijn internaatsverplichting voldeed, dan wel zolang de leerling deze verplichting niet nakwam. De school had kunnen en moeten schorsen. Het opschortingsrecht kan evenwel op verschillende manieren worden ingevuld. Of gebruikmaking ervan geoorloofd is, hangt mijns inziens af van de invulling die aan het opschortingsrecht gegeven wordt. Ik heb een mogelijke invulling van het opschortingsrecht in onderwijsverband willen laten zien, waarbij de verplichting tot het toelaten van de leerling deel te nemen aan het onderwijs zou kunnen worden opgeschort. De invulling hiervan is bijzonder omdat de onderwijsovereenkomst een duurovereenkomst is. Een vergelijking met schorsing laat zien dat tussen de bevoegdheden veel overeenkomsten bestaan en dat de verschillen die er op het eerste gezicht lijken te bestaan door het privaatrecht worden ondervangen.

Ik ben benieuwd of de wiskundige en de jurist in huize Snijders tot dezelfde conclusie komen. Vanwege zijn ingebakken afwegingsmaatstaf naar proportionaliteit en inbedding in de redelijkheid en billijkheid leent het middel opschorting zich naar mijn idee voor toepassing in het onderwijs. Het opschortingsrecht kan een mooie afwegingsmaatstaf bieden die te gebruiken valt in reactie op niet-nakoming van de onderwijsovereenkomst door een leerling. Onder andere het grijpen naar de minst vergaande maatregel, het in verhouding staan van opschorting en tekortkoming, de geschiktheid van de regel en het zorgvuldig afwegen, komt in deze afwegingsmaatstaf terug. Bovendien geeft het instrument opschorting mijns inziens helder en zuiver weer wat er in wezen gebeurt: het opschorten van de eigen verplichting.

Daarnaast is inherent aan opschorting dat er alsnog moet worden nagekomen, dat het enkel een uitstel betreft, dus dat de school niet geheel van haar verplichting is bevrijd. Eigen aan opschorting is dat de rechtsverhouding vooralsnog intact blijft. Bovendien kan bij opschorting naar mijn idee alsnog zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs rekening worden gehouden met het publiekrechtelijke schorsingskader en wordt er geen afbreuk gedaan aan waarborgen die hieruit voortvloeien. Opschorting kan de civielrechtelijke pendant van schorsing zijn; dan zijn schorsing en opschorting inderdaad van tweeën een.

Waarom de verzamelpandakte-constructie geen ‘floating charge’ is

Jeroen van der Weide¹

*'I came, I saw, what manner of beast is this
New York, you talk a little bit left of centre
A scream, a shout
New York is throwing its weight about
Walk tall, walk straight, spit the world right in the eye
The stranger the wood the straighter the arrow'**

** Lyrics by Godley & Creme – An Englishman in New York (album Freeze Frame, 1979)*

I. Een grenzeloze kameleon

‘Uut Twente’, zegt hij soms met een knipoog. Wie de werkzaamheden en het wetenschappelijk oeuvre van Henk Snijders kent, weet echter dat hij allerm minst een provinciaal is, maar een *peregrinus* die ongedwongen (lands)grenzen overschrijdt. Geworteld in de EUREGIO² doet het uitzicht op vreemde (Duitse) burens klaarblijkelijk verlangen naar verre oorden, zoals Italië of New York. Zo ook in de rechtswetenschap waarbinnen HJS, welbespraakt en met vaardige pen, de uiteinden van het privaatrechtelijke spectrum exploreert. Verblijft hij op het ene moment in zijn natuurlijke habitat van het burgerlijk procesrecht; op het andere moment neemt hij geruisloos de kleuren aan van het goederenrechtelijke landschap waarin hij op dat ogenblik vertoeft.

Kameleontische eigenschappen worden door sommigen binnen het Nederlandse juridische metier ook toegedicht aan een bekend en veelgebruikt goederenrechtelijk zekerheidsrecht: het stil pandrecht, dat een kwart eeuw geleden met de

¹ Mr. J.A. van der Weide is universitair hoofddocent bij de afdeling burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. De auteur bedankt Ruben van Uden, masterstudent civiel recht aan de Universiteit Leiden en lid van Mordenate College, alsmede mr. Yvo Rampersad, Professional Support Lawyer, sectie Dispute Resolution Houthoff Buruma Rotterdam voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

² Het in 1958 opgerichte grensoverschrijdende interregionale samenwerkingsverband tussen 130 Duitse en Nederlandse gemeenten, onder meer gelegen in de regio Twente.

inwerkingtreding van Boek 3 BW door de wetgever in het Nederlandse burgerlijk recht werd geïntroduceerd. Wordt het stil pandrecht gegoten in de mal van een zogenaamde 'verzamel pandakte-constructie' dan zou deze Nederlandse zekerheidsfiguur tenderen naar een Engelse 'equivalent': de zogenaamde 'floating charge'.³ Eendagsvlieg aan de muur of 'Elephant in the room'? Hoe het ook zij, de gedachtegang intrigeert en nodigt uit tot nadere overdenking. Door zijn transnationale goederenrechtelijke lading een mooi onderwerp voor deze bundel. Per slot van rekening heeft het transnationale goederenrecht ons beider interesse, zowel binnen het onderwijs als in ons onderzoek.

2. Generieke zekerheidsrechten aan beide zijden van Het Kanaal

Zekerheidsrechten zijn er in verschillende soorten en maten. Dat is niet alleen zo in het Nederlandse recht, maar ook in de ons omringende rechtsstelsels. Op fraaie wijze wordt dit onder meer geïllustreerd door het reeds in 1996 verschenen boek *Toegang tot buitenslands vermogensrecht* (Gouda Quint) onder redactie van H.J. Snijders.

Een belangrijk onderscheid dat dwars door alle rechtsstelsels heen loopt – of zij nu hun grondslag vinden in de 'common law' of in de 'civil law' – is dat tussen persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden.⁴ Goederenrechtelijke zekerheidsrechten, zoals pand, hypotheek, 'gage sans dépossession' of 'pledge' hebben goederenrechtelijk effect en kunnen jegens iedere willekeurige derde worden ingeroepen. Persoonlijke zekerheden, zoals borgtocht, hoofdelijkheid, 'garantie autonome' of 'contractual lien' ontberen daarentegen goederenrechtelijke werking. Zij kunnen slechts worden geëffectueerd tussen de bij de rechtsverhouding betrokken (contracts)partijen. Aangezien ik me in deze bijdrage zal concentreren op de goederenrechtelijke zekerheidsrechten laat ik de categorie persoonlijke zekerheden verder onbesproken.

Een ander onderscheid dat aan beide zijden van Het Kanaal, de zeestraat die het Verenigd Koninkrijk van het Europese vasteland scheidt, wordt gemaakt, is dat tussen generale (generieke) en speciale zekerheidsrechten.⁵ De laatstgenoemde categorie ziet op zekerheidsrechten die op een specifiek, afzonderlijk aangeduid goed worden gevestigd, terwijl generale zekerheidsrechten een 'pool' van zekerheidsobjecten omvatten, zoals de verpanding (bij voorbaat) van alle bestaande en toekomstige roerende zaken en vorderingsrechten van de schuldenaar.

3 Zie www.debrauw.com/alert/dutch-supreme-court-accepts-floating-charge/#. In reactie hierop: Yvo Rampersad & Jeroen van der Weide, <<http://leidenlawblog.nl/articles/has-the-dutch-supreme-court-accepted-the-english-concept-of-the-floating-ch>>.

4 Christian von Bar & Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier. European Law Publishers 2004, nr. 472.

5 Zie over de rechtshistorische achtergronden van generale zekerheidsrechten recentelijk V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 86, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Voorbeelden van generale zekerheidsrechten zijn onder meer te vinden in het Duitse recht ('Globalzession'), het Franse, en het Belgische recht. Zowel naar Frans als naar Belgisch recht bestaat de mogelijkheid tot het vestigen van een bezitloos of stil pandrecht op het gehele bedrijfsvermogen (als 'algemeenheid van goederen'), dat wil zeggen alle huidige en toekomstige goederen die worden gebruikt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening. Het Belgische 'pand op de handelszaak' of 'gage sur fonds de commerce' en het Franse 'nantissement du fonds de commerce' moeten beide openbaar worden geregistreerd en zijn geregeld in respectievelijk de Wet op de inpandgeving van de handelszaak van 25 oktober 1919⁶ en in de Franse Code de Commerce (art. L 142-1-L 142-5). De gelijkenissen tussen beide typen van generiek pandrecht verraden een nauwe verwevenheid van Frans en Belgisch (privaat)recht.⁷ In de Franse en Belgische literatuur en jurisprudentie wordt het generieke pand op de handelszaak ook wel aangeduid als 'gage flottant', zwevend pandrecht of, binnen de begrippenkaders van het Engelse recht, 'floating charge'. Ook naar Engels recht kan een generaal zekerheidsrecht worden verkregen op het vermogen van de onderneming. De 'floating charge' is een zogenoemde 'equitable interest', een zekerheidsrecht dat zijn grondslag vindt in 'equity', het in de Engelse rechtspraak ontwikkelde stelsel van regels dat de 'common law' (in de enge betekenis) aanvult of, zo nodig, corrigeert. Vanuit de jurisprudentie heeft de 'floating charge' zich kunnen ontwikkelen tot een van de belangrijkste zekerheidsinstrumenten in de Engelse financierings- en zekerhedenpraktijk. De beroemde Engelse rechtsgeleerde Roy Goode heeft de 'floating charge' ooit omschreven als 'one of equity's most brilliant creations'.⁸

Hoe verhoudt deze 'brilliant creation' zich tot ons eigen generieke zekerheidsrecht, de verzamelpandakte-constructie, zoals deze door de Hoge Raad der Nederlanden is bewilligd in zijn arrest van 3 februari 2012 (*Dix q.q./ING*)⁹ en op grond waarvan banken namens alle kredietnemers die de bank daartoe volmacht hebben gegeven op dagelijkse basis alle bestaande en toekomstige vorderingen generiek verpanden

6 Naar alle waarschijnlijkheid komt de Wet op de inpandgeving van de handelszaak te vervallen zodra in België een registerpandrecht is geïntroduceerd op grond van de Wet van 11 juli 2013 betreffende de zakelijke zekerheden op roerende goederen (datum inwerkingtreding: 1 januari 2017).

7 Zie o.a. Dekker-Dirix, *Handboek Burgerlijk Recht II*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, nr. 944, alsmede Philippe Malaurie & Laurant Aynès, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: LGDJ 2014, nr. 541. Vgl. in dit verband tevens de recente studie van Valérie Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 92, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

8 Roy Goode, 'The Case for the Abolition of the Floating Charge', in: Joshua Getzler & Jennifer Payne (eds.), *Company Charges. Spectrum and Beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 11.

9 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen. Het arrest *Dix q.q./ING* heeft veel pennen in beweging gezet. Zie in context met literatuurverwijzingen o.a. Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, 'Zekerhedenrecht in beweging. Van pluriformiteit naar uniformiteit?', *TPR* 2013, p. 1195 e.v.

die hun kredietnemers hebben jegens derden? Alvorens deze vraag kan worden beantwoord zal eerst nader worden ingegaan op de Nederlandse verzamel pandakte-constructie en vervolgens op zijn Engelse antagonist, de 'floating charge'. Wat behelzen deze typen van generieke zekerheid nu precies?

3. Van speciaal naar generaal. De Nederlandse verzamel pandakte-constructie

Op 13 augustus 2015 werd de door boekhoudfraude geplaagde beursonderneming Royal Imtech N.V. door de Rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard. Een dag later geeft curator Jeroen Princen een interview aan het NOS Radio 1 Journaal:

'Ik zeg tegen de banken: Kom op. Zorg dat er geld is om de tankpassen te betalen, de leaseauto's te laten rijden. Daarmee geef je lucht en tijd (...). De banken beslissen aan wie het wordt verkocht en onder welke voorwaarden. Daar zit de kneep op dit moment.'

Vanwaar deze – bijna ongebreidelde – macht van de banken? Dat komt omdat banken hun klanten (ondernemingen) financieren en in dat verband dikwijls zekerheden verlangen in de vorm van onder meer hypotheek- en pandrechten. In een faillissement van een onderneming neemt de bank, in zijn hoedanigheid van pand- en/of hypotheekhouder, een bijzondere en, in de rangorde van schuldeisers, hoog gerangschikte positie in als separatist: hij mag op de voet van art. 57 Fw zijn recht uitoefenen alsof er geen faillissement is. Bovendien heeft de bank het recht van parate executie en mag hij het verpande of verhypothekerde goed zonder beslag en zonder executorialie titel verkopen en zich op de opbrengst ervan verhalen (art. 3:248 lid 1 jo. art. 3:268 lid 1 BW).

Niet alleen in het faillissement van Imtech, maar ook in het recente faillissement van het warenhuis V&D (31 december 2015) komt de dubbele functie van het pandrecht naar voren: het pandrecht als zekerheidsrecht en het pandrecht als controlemiddel.¹⁰ In voorkomende gevallen en via verschillende mechanismen kunnen banken in hun hoedanigheid van pandhouder zich actief bemoeien met het bedrijfsbeleid van de onderneming.¹¹ De bemoeienis – zo men wil 'controle' – gaat vervolgens naadloos over in de zekerheidsfunctie van het pandrecht, indien de schuldenaar zijn financiële verplichtingen niet meer kan nakomen.

¹⁰ Uitgebreid over dit verschijnsel: B.C.H. Smit, *Het pandrecht als controlemiddel in plaats van als verhaalsrecht. Een voorstel voor een wettelijke controleregeling*, masterscriptie Universiteit Leiden, december 2014.

¹¹ Controle kan onder meer worden uitgeoefend door verpanding van aandelen (stemrecht), via contractuele bepalingen in de kredietdocumentatie en door gebruikmaking van de enquêtebevoegdheid.

De positie van pandhouders is nog verder versterkt doordat de rechtspraak, en in navolging daarvan de Hoge Raad, het zekerheidsconcept van de verpanding op zodanige wijze heeft opgerekt dat de grenzen van het Nederlandse zekerhedenrecht zijn verlegd in de richting van generale zekerheidsconstructies die niet of nauwelijks aan beperkingen onderhevig zijn. Dit ‘oprekken’ ziet dan niet zozeer op de generieke (bezitloze) verpanding (bij voorbaat) van huidige en toekomstige roerende zaken, maar op de bulkverpanding van vorderingsrechten op naam. De vestiging (bij voorbaat) van een bezitloos pandrecht op alle bestaande en toekomstige roerende zaken van de schuldenaar kan immers naar huidig recht zonder enige beperking en op relatief eenvoudige wijze tot stand worden gebracht door middel van een pandovereenkomst en een door de Belastingdienst geregistreerde onderhandse (pand)akte (art. 3:84 jo. art. 3:97 jo. art. 3:98 jo. art. 3:237 BW). Het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW zal daarbij in de regel geen belemmering vormen: datgene wat zich fysiek binnen de onderneming bevindt wordt vermoed tot de bedrijfsactiva te behoren en is daarmee dus afdoende bepaald.¹²

De (stille) verpanding (bij voorbaat) van alle huidige en toekomstige vorderingsrechten op naam die de schuldenaar jegens derden heeft, is daarentegen meer gecompliceerd. Zoals Van Hoof in zijn proefschrift *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (2015) laat zien, staat de ontwikkeling van speciale naar generale zekerheidsrechten in een eeuwenoude traditie en gaat deze terug tot aan het Romeinse recht.¹³ In eenzelfde historische traditie staat ook de verzamelpan-dakte-constructie zoals deze onder het huidige recht tot volle wasdom is gekomen. Deze moderne variant van generale zekerheid op vorderingsrechten op naam vindt zijn oorsprong in de generieke cessie tot zekerheid (bij voorbaat) zoals deze in de rechtspraak en door de jurisprudentie van de Hoge Raad onder het regime van het oud BW is ontwikkeld.¹⁴

Het ‘oprekken’ van het zekerheidsconcept van de (stille) verpanding (bij voorbaat) van bestaande en toekomstige vorderingsrechten op naam, waar ik eerder over sprak, veronderstelt de aanwezigheid van een of meer beperkingen. Wat zijn die beperkingen? Ik noem er twee: (i) het ‘bepaaldheidsvereiste’ van art. 3:84 lid 2 BW; en (ii) het ‘grondslagvereiste’ van art. 3:239 lid 1 BW. Krachtens art. 3:84 lid 2 BW moeten de te verpanden goederen ‘bij de titel’ (lees: in de pandakte¹⁵) ‘met voldoende bepaaldheid’ zijn omschreven. Wanneer zijn vorderingsrechten op

¹² Zie reeds HR 13 maart 1959, *NJ* 1959/579, m.nt. L.E.H. Rutten (*Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank*).

¹³ Van Hoof 2015, in het bijzonder hoofdstuk 2. Zie ook V.J.M. van Hoof, ‘rubriek Proefschrift. Drie stellingen, Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief’, *WPNR* 2016/7100, p. 243-247.

¹⁴ Zie o.a. HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981/265, m.nt. WMK (*Solleveld II*). Voorts: M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 70, Deventer: Kluwer 2012, p. 1101 e.v.; alsmede Van Hoof 2015, par. 8.4.

¹⁵ HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381, *NJ* 2002/610, m.nt. C.E. du Perron (*ING/Muller q.q.*); alsmede Asser/*Van Mierlo & Van Velten 3-VI** 2010/204.

naam afdoende bepaald? Over het antwoord op deze vraag is verschillende malen tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. Uit deze jurisprudentie komt vervolgens het beeld naar voren dat het bepaaldheidsvereiste op een liberale wijze dient te worden uitgelegd en moet worden toegepast.¹⁶ Separate aanduiding van het zekerheidsobject is niet noodzakelijk; een in de pandakte opgenomen 'vangnetbepaling' of 'catch-all-clause'¹⁷ waarin de te verpanden vorderingsrechten op generieke wijze zijn omschreven, volstaat.¹⁸

Een tweede beperking is het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW: vestiging van een stil pandrecht op een vorderingsrecht op naam is slechts mogelijk 'mits dit recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding'. Uitsluitend relatief of enkel toekomstige vorderingsrechten op naam, zoals bijvoorbeeld vorderingen die voortvloeien uit een langlopend leverantiecontract, zijn voor stille verpanding bij voorbaat vatbaar. Het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW valt terug te voeren op oude jurisprudentie van de Hoge Raad en sluit aan bij art. 475 Rv dat erop is gericht te voorkomen dat toekomstige vorderingen op grote schaal aan het beslag van 'gewone' crediteuren zouden kunnen worden onttrokken.¹⁹

De (onderhandse) verzamel pandakte zoals deze in de huidige bancaire praktijk wordt gebruikt beslaat niet meer dan een dubbelzijdig bedrukte pagina A4.²⁰ De akte bevat de volgende drie elementen: (i) een verklaring van de bank die handelt in zijn hoedanigheid van pandhouder en als (generiek) onherroepelijk gevolmachtigde van alle pandgevers (kredietnemers) op grond van een in de algemene (pand) voorwaarden opgenomen daartoe strekkende volmacht; (ii) de eigenlijke

16 Zie o.a. HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447, m.nt. W.M. Kleijn (*Stichting Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.*); alsmede HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./Rabobank*). Voorts: Asser/*Van Mierlo & Van Velten* 3-VI* 2010/204 e.v.; Van Hoof 2015, par. 8.3.7 en 10.3.4; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 90, Deventer: Kluwer 2016, par. 4.2.2.

17 Een dergelijke clause luidt als volgt: verpand worden 'alle ten tijde van de ondertekening bestaande vorderingen van de pandgever en alle vorderingen die worden verkregen uit ten tijde van de ondertekening bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden, zoals deze onder meer (zullen) blijken uit de administratie, correspondentie of andere gegevens van de pandgever'.

18 Bij een liberale uitleg van het bepaaldheidsvereiste past overigens ook een naamloze en generieke omschrijving van de pandgevers in de pandakte. Zie HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*), r.o. 4.6.1-4.6.3.

19 HR 29 december 1933, NJ 1934, m.nt. P. Scholten, p. 343 (*Fijn van Draat/Credietmij De Nederlanden*). Zie tevens *Kamerstukken II* 1984-1985, 17 496, nr. 10, p. 65; alsmede Van Hoof 2015, par. 9.4.7 e.v. en Schuijling 2016, nr. 203 e.v.

20 In de praktijk wordt door sommige professionele pandhouders gebruikgemaakt van notariële verzamel pandaktes teneinde het risico op discussies over rangkwesaties tot een minimum te beperken. Nader hierover Schuijling 2016, nr. 228 e.v. Kritisch: A. Stenekker, 'De notariële verzamel pandakte', *WPNR* 2014/7034, p. 955-958, met reactie van Schuijling en nawoord van Stenekker in *WPNR* 2015/7046, p. 66-68.

verpanding waarbij de bank namens de pandgevers alle huidige en toekomstige vorderingen van de pandgevers (bij voorbaat) verpandt en de bank deze verpanding in zijn hoedanigheid van pandhouder aanvaardt; (iii) een generieke omschrijving van de te verpanden vorderingsrechten door middel van een vangnetbepaling.²¹ De verzamelpandakte wordt vervolgens veelal dagelijks geregistreerd bij de Belastingdienst zoals is voorgeschreven door art. 3:239 lid 1 BW.

Wie de consequenties van de verzamelpandakte-constructie doordenkt, ziet dat naast bestaande en relatief toekomstige vorderingen óók absoluut of dubbel toekomstige vorderingsrechten op naam – vorderingen die niet voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding – vrijwel onmiddellijk na hun ontstaan door de verzamelpandakte worden ‘opgenomen’ en met een stil pandrecht worden belast. Daarmee heeft de praktijk van dagelijkse verpandingen ertoe geleid dat de beperking die art. 3:239 lid 1 BW oplegt aan de stille verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingsrechten op naam – zij moeten zijn ‘verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding’ – feitelijk geen betekenis meer heeft en is verworpen tot een dode letter. Afschaffing van deze beperking ligt dan ook voor de hand en is inmiddels door verschillende auteurs bepleit.²²

Suum cuique tribuere: ieder het zijne geven. *Paritas creditorum*: crediteuren hebben in beginsel onderling een gelijk recht (vgl. art. 3:277 lid 1 BW). Staat de verzamelpandakte-constructie niet op gespannen voet met het wettelijk systeem nu stil pandhouders (lees: de bancaire instellingen) de meeste vermogensbestanddelen lijken te toucheren, terwijl er voor de gewone, concurrente crediteuren in de regel weinig tot niets overblijft?²³ Nee, aldus de Hoge Raad in zijn arrest *Dix q.q./ING* (2012). Het kredietverkeer moet immers vlot kunnen functioneren en ook concurrente crediteuren hebben, zij het indirect, baat bij een ruime verstrekking van krediet. Bovendien zouden concurrente schuldeisers zekerheden kunnen bedingen of zich de eigendom kunnen voorbehouden als wapen tegen ongebreidelde bancaire zekerheid.²⁴ Voor een beperkte interpretatie van art. 3:239 lid 1 BW is naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook geen plaats.²⁵

21 Zie reeds T.H.D. Struycken, ‘Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid, Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, serie Onderneming en Recht, deel 58, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 16.

22 Van Hoof 2015, p. 381 met literatuurverwijzingen; alsmede Schuijling 2016, par. 5.3.5.4. Zie tevens Rampersad & Van der Weide 2013, p. 1199.

23 Concurrente crediteuren krijgen in een faillissement gemiddeld 4,2% van hun vordering voldaan. Zie Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Faillissementen: oorzaken en schulden 2010*, p. 10.

24 Zie evenwel het recente arrest van HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*), waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een verkrijger van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken een rechtsgeldig en onvoorwaardelijk pandrecht kan vestigen op zijn voorwaardelijk eigendomsrecht. Ook dit arrest leidt tot een verdere versterking van de positie van de pandhouder en een verzwakking van de positie van de concurrente crediteur.

25 In zijn Jaarverslag 2012, p. 18 wijst de Hoge Raad, m.i. terecht, op de beperkte speelruimte van de rechter en de (mogelijke) rol van de wetgever in dit verband. Zie www.recht.nl/105939/

4. 'A brilliant creation'. De Engelse 'floating charge'

Hoe verhoudt de Nederlandse verzamelpandakte-constructie zich tot de Engelse 'floating charge'? Verwikkelingen aangaande het onderscheid tussen 'common law' (in enge zin) en 'equity' laat ik hier verder buiten beschouwing,²⁶ maar in het Engelse recht is halverwege de negentiende eeuw een nieuw zekerheidsconcept tot ontwikkeling gekomen: de 'floating charge'. In de beroemde uitspraak *Holroyd v Marshall* (1862)²⁷ werd door de Engelse House of Lords (thans: UK Supreme Court) voor het eerst geoordeeld dat een zekerheidsrecht zich ook kan uitstrekken over toekomstige goederen. In de akte waarbij het zekerheidsrecht ('mortgage') werd gevestigd, was tussen partijen afgesproken dat de 'mortgage' zich niet alleen uitstreckte over de machines die zich reeds in de fabriek van de zekerheidsgever bevonden, maar ook over die welke naderhand door de zekerheidsgever zouden worden verkregen. Vanuit de grondgedachte dat ook toekomstige goederen voor securering vatbaar konden zijn, kon het zekerheidsconcept van de 'floating charge' verder worden vormgegeven.²⁸

Zoals in de Engelse literatuur wordt beschreven, is een sluitende definitie van het zekerheidsconcept van de 'floating charge' niet voorhanden.²⁹ Een 'floating charge' kan evenwel worden omschreven als een recht dat tot zekerheid wordt gevestigd voor de terugbetaling van een geldsom door een onderneming als kredietnemer/zekerheidsgever ('chargor') ten behoeve van een kredietverstrekker/zekerheidsnemer ('chargee' of 'floating chargeholder') op zijn bedrijfsvermogen, dat wil zeggen alle bestaande en toekomstige goederen die de onderneming gebruikt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening, oftewel 'in the ordinary course of business'.³⁰ Een onderscheid tussen absoluut en relatief toekomstige goederen wordt daarbij niet gemaakt (en is evenmin noodzakelijk). In *Illingworth v Houldsworth* (1904)³¹ verwoordt Lord Macnaghten het zekerheidsconcept als volgt:

'(...) a floating charge (...) is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which it is intended to affect until some event

jaarverslag-hoge-raad-2012/. Men zou immers ook kunnen betogen dat een te sterke zekerheidspositie van kredietverstrekkers ten koste gaat van een vlot functionerend handelsverkeer.

26 Instructief over dit onderscheid: John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford: Hart Publishing 2013, hoofdstuk 1. Meer uitgebreid: J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Edinburgh: Butterworths 2002, in het bijzonder hoofdstuk 6.

27 *Holroyd v Marshall* (1862) 10 HL Cas. 191; 11 ER 999.

28 Zie uitgebreid over 'floating charges' het (inmiddels verouderde) standaardwerk van W.J. Gough, *Company Charges*, London: Butterworths 1996.

29 Vgl. o.a. Richard Calnan, *Taking Security*, Bristol: Jordan Publishing 2013, nr. 4.25; Louise Gullifer (ed.), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, London: Sweet & Maxwell 2013, nr. 4-03.

30 In de kredietdocumentatie wordt de actieradius van de 'floating charge' echter regelmatig beperkt tot 'in the ordinary course of trading'.

31 *Illingworth v Houldsworth* [1904] AC 355.

occurs or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its reach and grasp.'

In tegenstelling tot het Nederlandse pandrecht – en dit onderscheid is essentieel – is de 'floating charge' niet 'gefixeerd' ('attached') op de zekerheidsobjecten, maar 'drijft' of 'zweeft' ('floats' of 'hovers') deze boven het ondernemingsvermogen als 'constantly changing fund of assets'. In beeldspraak: de 'floating charge' is een 'zekerheidswolk' die boven de onderneming hangt en waar enerzijds goederen onder schuiven zodra zij de onderneming binnenkomen en anderzijds 'assets' onder vandaan worden getrokken zodra zij het ondernemingsvermogen weer verlaten, bijvoorbeeld omdat zij zijn doorverhandeld 'in the ordinary course of business'.³² Het bepaaldheidsvereiste is geheel losgelaten; afdoende is dat de 'secured assets' aan de hand van de zekerheidsdocumentatie (achteraf) 'identifiable' zijn.³³ Ondanks deze bijzondere eigenschappen, die afwijken van het normaaltype zekerheidsrecht, wordt de 'floating charge' in de Engelse literatuur en 'case law' steevast bestempeld als 'security interest', zoals reeds door Buckley L.J. in *Evans v Rival Granite Quarries Ltd.* (1910):³⁴

'A floating charge is not a future security; it is a present security which presently affects all the assets of the company expressed to be included in it.'

De 'chargor' die handelt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening is bevoegd vrijelijk over de 'charged assets' te beschikken. De 'chargor' kan de 'charged assets' – behoudens eventuele contractuele beperkingen – verhuren (al dan niet krachtens huurkoop), bezwaren met een ander zekerheidsrecht (meestal een 'fixed charge') en vervreemden. In het laatste geval verlaten de goederen 'free from the charge', derhalve onbelast, het ondernemingsvermogen. Aldus heeft de 'floating charge' in beginsel geen zaaksgevolg.³⁵ Vervreemdingsbevoegdheidsclausules die er naar Nederlands recht op zijn gericht om bedrijfsvoorraden in het kader van de normale bedrijfsuitoefening vrij van pandrecht te vervreemden zijn onder het gesternte van de 'floating charge' niet nodig. Primair is de 'floating

32 Vgl. voor een treffende typering van de 'floating charge': T.H.D. Struycken, 'De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de *floating charge* en *Article 9 Uniform Commercial Code*: over bepaaldheid en publiciteit', AA 1998, p. 68.

33 Zie *Tailby v Official Receiver* (1888) 13 App. Cas. 523; *Re Kelcey* [1899] 2 Ch. 530, alsmede *Syrett v Egerton* [1957] 3 All E.R. 331, [1957] 1 W.L.R. 1130.

34 *Evans v Rival Granite Quarries Ltd.* [1910] 2 K.B. 979, at 999. Zie over de 'nature' van de 'floating charge' o.a. Louise Gullifer & Jennifer Payne, 'The Characterization of Fixed and Floating Charges', in: Getzler & Payne 2006, p. 55 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-03 e.v., in het bijzonder nr. 4-06.

35 Anders, indien over goederen wordt beschikt buiten de kaders van een normale bedrijfsuitoefening. In dat geval zal de koper, zo mogelijk, onder de werking van de 'floating charge' vallen. Zie onder verwijzing naar verschillende 'cases': Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer & Eva Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing*, Oxford: Oxford University Press 2012, nr. 15.07 e.v.; Gullifer 2013, nr. 5-42.

charge' er als zekerheidsconcept immers op gericht de onderneming in stand te houden als 'going concern'. Vaak geciteerd zijn de overwegingen die Romer R.J. in *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* (1903)³⁶ aan de 'hallmarks' van de 'floating charge' heeft gewijd:

'(...) but I certainly think that if a charge has the three characteristics that I am about to mention it is a floating charge. (1.) If it is a charge on a class of assets of a company present and future; (2.) if that class is one which, in the ordinary course of the business of the company, would be changing from time to time; and (3.) if you find that by the charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with.'

Naar Engels recht is de 'floating charge' een 'consensual non-possessory security': het zekerheidsrecht komt tot stand door een enkele (schriftelijke) overeenkomst ('deed') tussen 'chargor' en 'chargee' op grond waarvan de goederen in de macht van de 'chargor' (de onderneming) blijven. In de regel wordt de 'floating charge' in één enkel document – de zogenoemde 'debenture'³⁷ – gecombineerd met 'fixed charges'. Dit type 'charge' is, in tegenstelling tot de 'floating charge', wel gefixeerd op de zekerheidsobjecten en rust dus op de afzonderlijke vermogensbestanddelen. Ook in geval van een 'fixed charge' blijven de goederen in de macht van de 'chargor'. In dit opzicht is de 'fixed charge' derhalve vergelijkbaar met het Nederlandse bezitloos of stil pandrecht. Op het belangrijke onderscheid tussen 'fixed and floating charges' kom ik zo dadelijk uitgebreider terug.

Een 'floating charge' die op rechtsgeldige wijze tot stand is gebracht, heeft in beginsel slechts relatieve werking. Voor derdenwerking is evenwel vereist dat de 'floating charge' conform section 859A van de Companies Act 2006³⁸ binnen 21 dagen na totstandkoming openbaar wordt geregistreerd in het via internet toegankelijke register dat wordt aangehouden door de Companies House. Registratie is echter geen constitutief vereiste. In section 859D Companies Act 2006 staan de inschrijvingsvereisten opgesomd. Zo moet in de zekerheidsdocumentatie uitdrukkelijk worden aangegeven of er een 'floating charge' en/of een 'fixed charge' tot stand wordt gebracht en op welke goederen de desbetreffende 'charge' betrekking heeft (section 859D(2)(b)-(e)). De stappen die ondernomen moeten worden om zekerheidsrechten jegens derden te kunnen effectueren worden aangeduid met de term 'perfection'.³⁹ Te late registratie van de 'floating charge' leidt er ingevolge section 859H(3) Companies Act 2006 toe dat deze niet kan

³⁶ *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* [1903] 2 Ch. 284 at 295.

³⁷ Zie nader over de 'debenture': Calnan 2013, nr. 4.22 en 4.23.

³⁸ Zoals gewijzigd per 6 april 2013, zie www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111533208/schedule/1. Uitgebreid over de registratie van 'security interests': Calnan 2013, hoofdstuk 6.

³⁹ Zulks ter onderscheiding van de 'attachment', waarmee de totstandkomingsfase van een zekerheidsrecht wordt aangeduid. Meer over de fase van 'perfection': Beale e.a. 2012, hoofdstuk 9; alsmede Gullifer 2013, nr. 2-16 e.v.

worden geëffectueerd indien de ‘chargor’ in ‘liquidation’ komt te verkeren of wanneer een ‘administrator’ (bewindvoerder) wordt aangesteld. Voorts kan een niet tijdige registratie de rangorde (prioriteit) van de ‘floating charge’ beïnvloeden en is een te laat geregistreerde ‘floating charge’ niet effectueerbaar jegens andere crediteuren (section 859H(3)(c)).⁴⁰

Zoals ik eerder aangaf worden in de praktijk ‘floating charges’ en ‘fixed charges’ gecombineerd in één zekerheidsdocument (‘debenture’). ‘Fixed charges’ worden daarbij gevestigd op specifieke vaste activa (‘fixed assets’) van de onderneming, zoals grond en gebouwen, fabrieken, machines, goodwill, gereedschappen, computers, bedrijfsauto’s en intellectuele eigendomsrechten. Ten aanzien van de overige, in de regel, vlottende activa (‘current assets’) wordt een ‘floating charge’ tot stand gebracht. Concreet gaat het hierbij dan om liquide middelen, handelsvoorraden, grondstoffen en vorderingen op debiteuren.⁴¹ Kortom, goederen met een hoge omloopsnelheid die ontstaan, worden gebruikt of waarover wordt beschikt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening. In de zekerheidsdocumentatie worden deze goederen meestal in algemene bewoordingen omschreven als ‘trading stock’ of ‘the undertaking and all property and assets’.

Hoewel ‘fixed and floating charges’ in de zekerheidsdocumentatie complementair aan elkaar zijn en zowel op huidige als op toekomstige goederen kunnen worden gevestigd, zijn er significante verschillen in ratio en effect.⁴² De ‘floating charge’ verschaft als praktisch zekerheidsconcept een grote mate van flexibiliteit: de ‘chargee’ (de bank) verkrijgt een zekerheidsrecht op een ‘shifting pool of assets’, terwijl de ‘chargor’ (de onderneming) in het kader van een normale bedrijfsuitoefening bevoegd is vrijelijk over de ‘charged assets’ te beschikken. Daarentegen is bij de ‘fixed charge’ van een vrije beschikkingsmacht in het geheel geen sprake: de ‘chargor’ heeft telkens de toestemming van de ‘chargee’ nodig indien de ‘chargor’ beschikkingshandelingen ten aanzien van de ‘charged assets’ wil verrichten. Voorts is de ‘fixed charge’ een volwaardig goederenrechtelijk zekerheidsrecht met een hoge preferentie, dat in rang boven de ‘floating charge’ gaat, zaaksgevolg heeft en de ‘chargee’ de bevoegdheid geeft de verpande goederen onderhands of in het openbaar te verkopen (sections 101 jo. 103 jo. 205(1)(xvi) Law of Property Act 1925) dan wel een ‘receiver’ te benoemen die het zekerheidsrecht executeert.⁴³

In de praktijk is de scheidslijn tussen ‘fixed and floating charges’ echter dun en een bron van discussie in de Engelse ‘case law’ en literatuur. Hoewel het hier niet de

⁴⁰ Meer uitgebreid: Beale e.a. 2012, nr. 10.32 e.v. en 13.18 e.v.; Gullifer 2013, nr. 2-23; Calnan 2013, nr. 6.118 e.v., in het bijzonder nr. 6.119: ‘(...) the charge is void and the creditor concerned will rank as unsecured’.

⁴¹ Vorderingsrechten worden vergaard en geïnd. Het geïnde (‘proceeds’) wordt vervolgens gebruikt in het kader van de (normale) bedrijfsuitoefening.

⁴² Zie voor een fraaie duiding van het onderscheid tussen ‘fixed and floating charges’ onder meer Lord Justice Millett in *Re Cosslett (Contractors) Ltd.* [1998] Ch. 495 at 510. Voorts over dit onderscheid o.a. Calnan 2013, nr. 4.79 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-08 e.v.; Gullifer & Payne, ‘The Characterization of Fixed and Floating Charges’, in: Getzler & Payne 2006, hoofdstuk 4.

⁴³ Nader over het instrument van het ‘receivership’: Calnan 2013, nr. 8.113 e.v.

plaats is om uitgebreid op deze discussie in te gaan, komt het bij de '(re) characterisation of a charge' niet zozeer aan op de vraag welk 'label' contractspartijen in de zekerheidsdocumentatie aan de 'charge' en de bijbehorende 'assets' hebben gehangen, maar is bepalend het antwoord op de vraag wie de feitelijke en juridische controle over de 'charged assets' heeft: de 'chargor' (debiteur) of de 'chargee' (crediteur).⁴⁴ Deze kwalificatievraag doet zich in het bijzonder voor ten aanzien van vorderingen op debiteuren ('receivables' of 'debts'). Banken kozen in het verleden voor een gesplitste zekerheidsstructuur waarbij 'floating charges' werden gecreëerd over het geïnde ('proceeds') en 'fixed charges' over het vorderingsrecht zelf. In *National Westminster Bank v Spectrum Plus* (2005)⁴⁵ oordeelde de House of Lords evenwel dat de vordering en het geïnde twee zijden van dezelfde medaille zijn en een 'charge over debts' – ondanks de 'labeling' door partijen als 'fixed charge' – moest worden aangemerkt als 'floating charge' nu de debiteur vrijelijk over de 'proceeds' kon beschikken.

Is de 'floating charge' voor continentale juristen al spectaculair in zijn verschijningsvorm, ronduit fascinerend is het moment waarop de 'charge' als zwevend zekerheidsconcept een einde neemt en de 'zekerheidswolk' neerdaalt op het ondernemingsvermogen. Op dat ogenblik converteert de 'floating charge' in een 'fixed charge'. Deze zogenaamde 'crystallisation' leidt ertoe dat 'the floating charge ceases to float over a fund of assets and attaches in specie'.⁴⁶ De 'crystallised floating charge' komt als 'fixed charge' te rusten op de afzonderlijke vermogensbestanddelen van de onderneming, alsmede op de 'assets' die na de 'crystallisation' door de onderneming worden verkregen. Hiermee komt het zekerheidskarakter van de 'floating charge' in optima forma tot uitdrukking.⁴⁷

In het Engelse recht worden verschillende 'crystallising events' onderscheiden. Van rechtswege treedt 'crystallisation' in, indien de onderneming haar bedrijfsactiviteiten staakt, bijvoorbeeld wanneer deze wordt ontbonden of indien de onderneming in faillissement komt te verkeren. Voorts doet 'crystallisation' zich voor wanneer de 'floating chargeholder' op grond van de zekerheidsdocumentatie door

44 Zie specifiek over dit punt Lord Millett in *Agnew v Commissioner of Inland Revenue (Re Brumark Investments Ltd.)* [2001] UKPC 28; [2001] 2 A.C. 710 at [32] en [34] waarin hij tevens een 'two-stage process' beschrijft ter vaststelling van het type 'charge'. Nader over verschillende 'control techniques': Gullifer 2013, nr. 4-21 e.v.

45 *Re Spectrum Plus Ltd. (National Westminster Bank v Spectrum Plus)* [2005] UKHL 41; [2005] 2 A.C. 680 onder nadrukkelijke verwerping van de beslissingen in *Siebe Gorman & Co Ltd. v Barclays Bank Ltd.* [1979] 2 Lloyd's Rep. 142 en (impliciet) *Re New Bullas Trading* [1994] 1 B.C.L.C. 485. Nader over deze 'case law' en diens implicaties: Getzler & Payne 2006; Gullifer 2013, nr. 4-13 e.v.; Calnan 2013, nr. 4-96 e.v.

46 Gullifer 2013, nr. 4-32. Uitgebreid over 'crystallisation': Gough 1996, p. 135 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-31 e.v., alsmede reeds *Evans v Rival Granite Quarries Ltd.* [1910] 2 K.B. 979. Het verschijnsel van 'decrystallisation' laat ik buiten beschouwing. Zie hierover nader Beale e.a. 2012, nr. 6.87 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-62 e.v.

47 Zie Gough 1996, p. 135 die in dit verband spreekt over de verandering 'from a "dormant" security into an active security'.

middel van 'possession' de 'charged assets' onder zich neemt of deze krachtens de 'debenture' een 'crystallisation' jegens de debiteur initieert 'by notice'.

Het uit praktisch oogpunt meest relevante 'crystallising event' is echter de benoeming van een 'administrator' (bewindvoerder) door de 'chargee' op grond van de zekerheidsdocumentatie (paragraaf 14 jo. 18, Schedule B1 Insolvency Act 1986).⁴⁸ Hiermee vangt de 'administration procedure' aan die er primair op is gericht om een faillissement te voorkomen en de onderneming of delen ervan te redden.⁴⁹ Om die reden zijn in paragraaf 3, 59 en 60 Schedule B1 Insolvency Act 1986 aan de 'administrator' vergaande taken en (management)bevoegdheden toegekend. De primaire taak van de 'administrator' is het redden van de onderneming in het belang van alle schuldeisers ('rescuing the company as a going concern'). Mocht de 'administrator' daarin niet slagen, dan moet hij een faillissement zien te voorkomen en proberen de onderneming te verkopen als 'going concern', zulks ten behoeve van de crediteuren die aanspraak kunnen maken op de opbrengsten uit de verkoop. Is ook dit een onbegaanbare route dan dienen alle 'assets' van de onderneming te worden verkocht voor de beste prijs.⁵⁰

Het generale zekerheidskarakter van de 'floating charge' en de verstrekkende rechtsgevolgen die zijn verbonden aan diens 'crystallisation' hebben er in het Engelse recht toe geleid dat er diverse maatregelen zijn getroffen om de effecten van de 'floating charge' te redresseren. Zo is een 'floating charge' die een jaar voor de faillietverklaring van de 'chargor' tot stand is gebracht 'invalid' (section 245 Insolvency Act 1986) en hebben 'fixed chargeholders' en 'preferential creditors' in de regel voorrang boven 'floating chargeholders'.⁵¹ Voorts moet een gedeelte van de opbrengsten die door een 'liquidator' (curator) of 'administrator' uit het geëxecuteerde bedrijfsvermogen zijn gerealiseerd – aangeduid als 'Prescribed Part', 'the unsecured creditors' lifeboat' of 'ring fenced fund' – worden gereserveerd ten behoeve van (ongesecureerde) concurrente crediteuren.⁵² Concreet gaat het hierbij om een vast percentage uit de opbrengst van de 'floating charge assets' dat is

48 De benoeming van een 'administrator' moet openbaar worden gemaakt, o.a. door registratie bij de Companies House.

49 De 'administration procedure' vervangt de tot 2003 gebruikelijke procedure tot benoeming van een 'administrative receiver' (section 72A(1) Insolvency Act 1986). Zie (kritisch) over de achtergronden van de 'administration procedure', die tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met 'onze' surseance van betaling: Calan 2013, nr. 8.144 e.v. en 8.158 e.v.

50 Vgl. hiermee de reeds in de Nederlandse praktijk toegepaste instrumenten van 'pre-pack' en stille bewindvoering, alsmede het bij de Eerste Kamer ingediende wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (*Kamerstukken II* 2014-2015, 34 218, nr. 2). Zie in dit verband o.a. N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 202-213.

51 Sections 40, 175, alsmede paragraph 65(2) Schedule B1 Insolvency Act 1986; section 754 Companies Act 2006.

52 Section 176A Insolvency Act 1986, alsmede The Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003, SI 2003/2097. Nader over de 'Prescribed Part' en de toekomst van de 'floating charge': Beale e.a. 2012, nr. 20.24 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-66 en 5-70; Calnan 2013, nr. 9.104.

gemaximeerd tot een bedrag van £ 600.000.⁵³ Terwijl in het Nederlandse recht de verhaalspositie van concurrente crediteuren nog immer voorwerp van debat is, in het bijzonder tegen de achtergrond van de verzamelpandakte-constructie,⁵⁴ is men in het Engelse recht duidelijk een stap verder door in het eindtraject een reddingsboei uit te werpen en de gevolgen van de 'potentially all-embracing scope' van de 'floating charge' voor concurrente schuldeisers te mitigeren.

5. When Harry Met Sally...

Hoog tijd om de balans op de te maken. Hoe verhouden de Nederlandse verzamelpandakte-constructie en de Engelse 'floating charge' zich tot elkaar? Lijken zij op het bakkeleiene duo uit de gelijknamige kaskraker 'When Harry Met Sally' (1989), met in de hoofdrol Meg Ryan en Billy Crystal, die uiteindelijk het huwelijksgeluk vinden?⁵⁵ Of valt de onderlinge vergelijking tussen beide zekerheidsconcepten in de categorie 'apples and oranges'? Ik vrees het laatste. Hoe kan het ook anders? De figuur van de 'floating charge' is geworteld in de ('case-based') rechtstraditie van de 'common law', terwijl de verzamelpandakte-constructie zijn basis vindt in de legistische traditie van de 'civil law'. Weliswaar brengen de 'floating charge' en de verzamelpandakte-constructie typen van generieke zekerheid tot stand, maar naar ontstaan, inhoud en werking verschillen zij significant.

Zo komt op grond van de verzamelpandakte-constructie direct een stil pandrecht te rusten op de afzonderlijke vermogensbestanddelen, terwijl de 'floating charge' de 'sleeping beauty' is, in afwachting van de prins op het witte paard die haar wakker kust ('crystallisation'). Verder strekt de 'floating charge' zich uit over alle bestaande en toekomstige vlottende activa van de onderneming, terwijl de actieradius van de verzamelpandakte-constructie beperkt is tot vorderingsrechten op naam. Het in het Nederlandse recht atypische onderscheid tussen relatief en absoluut toekomstige vorderingen wordt daarbij in het Engelse recht niet gemaakt. Naar Nederlands recht is de pandhouder een separatist. Naar Engels recht dient de 'floating chargeholder' voorrang te verlenen aan 'fixed charges' en 'preferential creditors', en draagt hij bij in de algemene kosten van het faillissement. Onder het gesternte van

53 Het systeem waarbij zekerheidsgerechtigden een gedeelte van de opbrengst van de verkoop van bezwaarde goederen aan de faillissementsboedel moeten afdragen wordt ook wel aangeduid als 'carve-out'-stelsel. Nader hierover o.a. A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *Tvl* 2013, p. 216-231.

54 Zie bijv. de in 2012 gepubliceerde INSOLAD Voorstellen wijzigingen Faillissementswet, www.insolad.nl/publicaties/, waarin wordt voorgesteld om pand- en hypotheekhouders een gedeelte van de executieopbrengst van de in zekerheid gegeven goederen af te laten dragen aan de faillissementsboedel. Vgl. in dit verband onder meer het Duitse recht waarin een verplichte boedelbijdrage van 9% wettelijk is verankerd (§ 170 en § 171 Insolvenzordnung).

55 Zie over een interessant 'huwelijk' tussen een (geassimileerde) 'floating charge' en een stil pandrecht: Hof Amsterdam 21 december 2000, *NIPR* 2001/109 (*NBC/Sisal*); alsmede HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4933, *NJ* 2002/241 (*Sisal/NBC*).

de 'floating charge' verlaten de verpande goederen 'free from the charge' het ondernemingsvermogen. Naar Nederlands recht moet de ban van het zaaksgevolg worden gebroken.

En zo zijn er wel meer verschilpunten. De 'floating charge' komt tot stand 'in one single action', terwijl de verzamelpandakte-constructie een dagelijkse registratie van de pandakte vergt. Voor derden is de 'floating charge' kenbaar, het stil pandrecht is dat niet. En 'last but not least': de 'floating chargeholder' kan een 'administrator' benoemen, die naar Engels recht vergaande bevoegdheden heeft. Binnen het Nederlandse wettelijke systeem is een dergelijke figuur (vooralsnog) onbekend. Tegelijkertijd wordt door het Engelse recht aan 'unsecured creditors' enige mate van bescherming geboden tegen de overmacht aan zekerheid die de 'floating charge' in zich draagt, terwijl het Nederlandse recht worstelt met de positie van de concurrente crediteur.

Twee typen van generieke zekerheid die er in de Engelse en Nederlandse zekerhedenpraktijk toe doen, maar die op essentiële punten van elkaar verschillen. In hoeverre vormen deze verschilpunten een barrière voor het handelsverkeer binnen de interne markt waarop Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de overige 26 EU-lidstaten thans nog gezamenlijk acteren? Het is een vraag die in het verlengde van het voorgaande ligt en waar Henk Snijders zich eerder het hoofd over heeft gebroken.⁵⁶ Wie had kunnen vermoeden dat deze vraag plots hernieuwde actualiteitswaarde zou krijgen door de uitslag van het Brexit-referendum van 23 juni 2016, waardoor het Verenigd Koninkrijk de Europese Unie dreigt te verlaten? Het recht – ook het transnationale goederenrecht – wordt ingekleurd door de telkens veranderende maatschappelijke context waarbinnen het recht functioneert. Een fenomeen dat Henk Snijders altijd heeft geboeid en naar verwachting zal blijven boeien. 'Never a dull moment.'

⁵⁶ Henk J. Snijders, 'Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables', in: Ulrich Drobnig, Henk J. Snijders & Erik-Jan Zippro, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, München: Sellier. European Law Publishers 2006, p. 153-164.

De temporele status van opschortend voorwaardelijke vorderingen: een kwestie van uitleg

Bart van der Wiel¹

‘De grens tussen toekomstige en voorwaardelijke rechten is in de meeste rechtsstelsels in den regel scherp te trekken.’²

I. Inleiding

Het systeem van ons burgerlijk recht gaat uit van een onderscheid tussen bestaande en toekomstige goederen.³ Dit onderscheid is onder meer van belang bij faillissement van de cedent of pandgever. De vestiging van een pandrecht op toekomstige vorderingen kan weliswaar bij voorbaat geschieden (art. 3:98 jo. art. 97 jo. (i) art. 236 lid 2 jo. art. 94 lid 1 resp. (ii) art. 239 lid 1 BW), maar het pandrecht ontstaat eerst indien de opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid van de pandgever is vervuld. Dit geschiedt wanneer de pandgever de vordering verkrijgt doordat deze op hem overgaat of doordat deze in zijn vermogen ontstaat. Pas vanaf dat moment is sprake van een bestaande vordering van de pandgever. Indien een te verpanden vordering ten tijde van het faillissement van de pandgever nog toekomstig is, kan het pandrecht niet meer tot stand komen, zo volgt uit art. 35 lid 2 Fw.⁴ Voor cessie geldt, *mutatis mutandis*, hetzelfde.

Een stroom van rechtspraak en literatuur illustreert dat het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen met name problematisch is in verband met de figuur van de opschortend voorwaardelijke vordering. Deze bijdrage biedt, ter ere van H.J. Snijders, een analyse van deze materie vanuit een door hem in het studieboek *Goederenrecht* geopend perspectief. Dit boek kende zijn eerste druk in 1994. Gelet op het monnikenwerk dat daaraan vooraf moet zijn gegaan, is het veilig te veronderstellen dat dit boek thans kan bogen op een historie van een kwart eeuw.

¹ Mr. drs. B.T.M. van der Wiel is advocaat bij Houthoff Buruma. Hij promoveerde bij prof. mr. H.J. Snijders op *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

² E.M. Meijers, *Algemene Leer van het Burgerlijk Recht. Deel I. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 91.

³ H.J. Snijders & E.B. Rank Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 62 (H.J. Snijders).

⁴ Zie bijv. E. Koops, ‘Het gat in de kaas: voorwaardelijke en toekomstige vorderingen in het licht van ING/Nederend q.q.’, *MvV* 2011/2, par. 2, p. 51-52; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 321; Snijders, o.c., nr. 423; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/221, 257, 263, 267 en 271.

2. Voorwaardelijkheid en toekomstigheid

Een verbintenis waarvan de werking bij rechtshandeling afhankelijk is gesteld van een onzekere toekomstige gebeurtenis, is voorwaardelijk (art. 6:21 BW). Is de werking van de verbintenis uitgesteld tot het plaatsvinden van de onzekere toekomstige gebeurtenis, dan is sprake van een opschortende voorwaarde. Indien de werking van de verbintenis vervalt door het plaatsvinden van de onzekere toekomstige gebeurtenis, is sprake van een ontbindende voorwaarde (art. 6:22 BW).

Tenzij anders is bepaald, is een verbintenis onder ontbindende voorwaarde opeisbaar, en wordt een verbintenis onder opschortende voorwaarde opeisbaar door het intreden van de onzekere toekomstige gebeurtenis (vgl. art. 6:38 BW).⁵

Een vordering is toekomstig indien zij nog geen onderdeel uitmaakt van het relevante vermogen.⁶ Bestaat de vordering nog in het geheel niet, dan is zij absoluut (objectief) toekomstig. Bestaat zij al wel, maar in het vermogen van een ander, dan is zij relatief (subjectief) toekomstig.⁷ Hiernaast kan onderscheid worden gemaakt tussen enkel en dubbel toekomstige vorderingen. Enkel toekomstig zijn vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit een bestaande rechtsverhouding. Dubbel toekomstig zijn vorderingen waarvoor dat niet geldt.⁸

Door het plaatsvinden van de relevante onzekere toekomstige gebeurtenis wordt de vordering van een schuldeiser van een verbintenis onder opschortende voorwaarde opeisbaar. De transformatie van een toekomstige in een bestaande opeisbare vordering gaat vaak⁹ evenzeer gepaard met het zich voordoen van een (althans tot op zeker moment voordien) onzekere toekomstige gebeurtenis. Nu in beide gevallen de vordering opeisbaar wordt door een onzekere toekomstige gebeurtenis, ligt het voor de hand op zoek te gaan naar een onderscheidend criterium aan de hand waarvan kan worden bepaald of een vordering voorafgaand aan die onzekere toekomstige gebeurtenis hetzij voorwaardelijk bestaat, hetzij toekomstig is.

⁵ H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2015, par. 6.2.2.2, p. 499 (jo. par. 3.2.3).

⁶ Vgl. M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, nr. 881: 'Indien er een verbintenis is, is er een vordering'; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, nr. 89: 'Doorslaggevend voor het al dan niet bestaan van een vordering is het vaststaan van de verschuldigdheid van een prestatie.' Beide stellingen zijn zonder meer juist, maar niet bijzonder behulpzaam bij het beantwoorden van de vraag of een vordering bestaat of toekomstig is.

⁷ Snijders, *o.c.*, nr. 62.

⁸ Snijders, *o.c.*, nr. 63, 345 en 428-429.

⁹ Dit is niet steeds het geval. Indien de overgang van een vordering afhankelijk is van een tijdsbepaling, is deze vordering voor de overgang voor de verkrijger relatief toekomstig. Bij de transformatie in een bestaande vordering door overgang is dan geen onzekere toekomstige gebeurtenis in het spel.

Deze of-of-benadering ligt expliciet of impliciet ten grondslag aan een groot deel van de literatuur over deze kwestie.¹⁰ Ook de rechtspraak van de Hoge Raad geeft aanleiding voor de gedachte dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen enerzijds toekomstige vorderingen en anderzijds terstond krachtens overeenkomst ontstane vorderingen onder een opschortende voorwaarde. Zo overwoog de Raad in het *Visserijfonds*-arrest (*SOS/ABN c.s.*):¹¹

‘Een toekomstige vordering – die moet worden onderscheiden van bijv. een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen – kan ook niet geacht worden reeds te hebben bestaan ten tijde van het ontstaan van de betreffende rechtsverhouding op grond van het enkele feit dat zij daarin haar onmiddellijke grondslag vond.’

De invloedrijke annotatie van Sniijders’ Leidse ambtsvoorganger W.M. Kleijn onder dit arrest geeft nadere voeding aan de gedachte dat moet worden gezocht naar het onderscheid tussen enerzijds vorderingen die voorwaardelijk bestaan, en anderzijds vorderingen die toekomstig zijn:¹²

‘Een vordering onder opschortende voorwaarde (...) is niet toekomstig. Mijns inziens is het onderscheid met een toekomstige vordering zo weer te geven, dat bij een toekomstige vordering nog een element, afkomstig van de debiteur (...) of van de crediteur ontbreekt, terwijl het bij een vordering onder opschortende (...) voorwaarde om een extern element gaat, wat nog vervuld moet worden, te weten de tijdsbepaling of de voorwaarde.’

Volgens dit ‘criterium-Kleijn’ is sprake van een vordering die voorwaardelijk bestaat indien deze afhankelijk is van een ‘extern element’, en van een toekomstige vordering wanneer deze afhankelijk is van een ‘intern element’ (er moet nog iets gebeuren van de kant van de debiteur of de crediteur¹³).

Het is een van de wetenschappelijke verdiensten van Sniijders dat hij laat zien dat de hier gesuggereerde tegenstelling dogmatisch gezien vals is. Het onderscheid voorwaardelijk/onvoorwaardelijk staat immers *naast* het onderscheid toekomstig/bestaand. Dit leidt Sniijders tot de stelling:¹⁴

‘Menig vordering onder opschortende voorwaarde is (...) geen bestaande vordering.’

¹⁰ Zie onder veel meer bijv. N.E.D. Faber, ‘Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen’, *NTBR* 1995, p. 38; Stolz, o.c., par. 7.3.4.3, p. 669; Schuijling, o.c., nr. 89.

¹¹ HR 26 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4349, *NJ* 1982/615, m.nt. W.M. Kleijn (*SOS/ABN c.s.*), r.o. 1.

¹² W.M. Kleijn in zijn noot sub 2d.1 onder HR 26 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4349, *NJ* 1982/615 (*SOS/ABN c.s.*).

¹³ W.M. Kleijn in zijn noot sub 2 onder HR 25 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0247, *NJ* 1989/200 (*Staal Bankiers/Ambags q.q. c.s.*).

¹⁴ Sniijders, o.c., nr. 431. In haar algemeenheid minder juist lijkt mij dan ook de stelling van Rongen, o.c., nr. 885 dat ‘(...) een voorwaardelijke verbintenis een bestaande verbintenis is’. Dit kan zo zijn, maar hoeft niet.

In het aldus door Snijders geopende perspectief is de vraag niet of een vordering waarvan de opeisbaarheid afhankelijk is van een onzekere toekomstige gebeurtenis ofwel voorwaardelijk bestaand, ofwel toekomstig is. Er zijn steeds twee vragen: (i) is de vordering voorwaardelijk of onvoorwaardelijk; en (ii) bestaat de vordering of is zij toekomstig?

Vraag (i) lijkt weinig problemen op te leveren. Van een voorwaardelijke verbintenis is volgens art. 6:21 BW sprake indien de werking ervan krachtens rechtshandeling afhankelijk is van een op het tijdstip van het aangaan van de verbintenis onzekere toekomstige gebeurtenis.¹⁵ Het moet objectief onzeker zijn of de gebeurtenis zal intreden.¹⁶ Bij een opschortende voorwaarde kan nakoming nog niet rechtens worden afgedwongen.

Een verbintenis onder opschortende voorwaarde geldt ook voor het intreden van de voorwaarde als verbintenis.¹⁷ Dit impliceert dat de dienovereenkomstige voorwaardelijke vordering een bestaande vordering kan zijn.¹⁸ Het hiervoor gegeven citaat uit het arrest *SOS/ABN c.s.* wekt zelfs de suggestie dat dit steeds het geval is. Dat brengt ons bij vraag (ii): wanneer is een opschortend voorwaardelijke vordering bestaand dan wel toekomstig?

In het navolgende onderzoek ik deze vraag aan de hand van de verschillende wijzen waarop vorderingen kunnen worden verkregen: (a) derivatieve verkrijging; (b) buitencontractuele originele verkrijging; en (c) contractuele originele verkrijging.

3. Derivatieve verkrijging van vorderingen

In deze paragraaf beperk ik mij tot de belangrijkste verschijningsvorm van derivatieve verkrijging van vorderingen: de overdracht. Een overdrachtstitel kan een verbintenis tot voorwaardelijke overdracht inhouden, bijvoorbeeld doordat partijen die verbintenis bij overeenkomst scheppen. Levering ter uitvoering van deze verbintenis leidt tot verkrijging van een bestaand voorwaardelijk goed.¹⁹ Een voorbeeld is de verkrijging onder eigendomsvoorbehoud.²⁰

Indien de vervreemder een in zijn vermogen bestaande vordering overdraagt onder opschortende voorwaarde, dan heeft de verkrijger dadelijk een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde in zijn vermogen, net zoals bij onvoorwaardelijke

¹⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/162.

¹⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/168. Vgl. J.C. Out, 'Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIX* (2002), p. 66.

¹⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/166.

¹⁸ Snijders, o.c., nr. 431. Vgl. Out, o.c., p. 66-78 en A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 308, die bepleiten dat de vordering onder opschortende voorwaarde steeds als toekomstig zou moeten worden aangemerkt.

¹⁹ Snijders, o.c., nr. 411.

²⁰ HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 4.2.3.

overdracht van een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde. De aldus derivatief verkregen vordering moet worden onderscheiden van de uit de overdrachtstitel originair verkregen vordering die de verkrijging rechtvaardigt en die het complement van een op de vervreemder rustende verbintenis tot voorwaardelijke overdracht vormt.²¹

Ook indien de vordering nog niet in het vermogen van de vervreemder bestaat, kan deze voorwaardelijk worden overgedragen, via levering bij voorbaat (art. 3:97 lid 1 BW). De overdrachtsvoorwaarde vormt dan – ik volg hier de beschouwingwijze van Snijders – het toebehoren van de vordering aan de vervreemder.²² Hierbij kan bij de vervreemder zowel sprake zijn van een relatief toekomstige vordering (de vordering bestaat al wel in het vermogen van een derde) of absoluut toekomstige vordering (de vordering moet nog ontstaan). Wanneer de overdracht van een toekomstige vordering onder opschortende voorwaarde van toebehoren aan de vervreemder geschiedt, leidt dit pas tot verkrijging indien aan de voorwaarde van ontstaan van de vordering is voldaan.²³ Deze vordering is tot dat moment voor de verkrijger ‘per definitie’²⁴ toekomstig. Ook hier weer geldt dat de vordering die voorwerp van de overdracht is, moet worden onderscheiden van de vordering tot overdracht van de verkrijger.

Het voorafgaande bevestigt allereerst de mogelijkheid dat een goed onder opschortende voorwaarde al voor vervulling van die voorwaarde als zodanig tot een vermogen kan behoren. Daarmee valt *en passant* het doek voor de wel verdedigde stelling dat vorderingen onder opschortende voorwaarde steeds toekomstig zijn.²⁵ Het voorafgaande bevestigt voorts dat er grenzen zijn aan die mogelijkheid: bij de opschortende voorwaarde van toebehoren aan de vervreemder is immers geen sprake van een dadelijke verkrijging. Met deze constatering in het achterhoofd wend ik me in het navolgende tot de originele verkrijging van vorderingen.

4. Buitencontractuele originele verkrijging van vorderingen

In de rechtspraak is er de nodige aandacht geweest voor de vraag of originair verkregen vorderingen opschortend voorwaardelijk bestaan dan wel toekomstig

²¹ Ik laat nu de vraag daar welke betekenis kan worden gehecht aan het onderscheid tussen de door art. 3:84 lid 4 BW genoemde voorwaardelijke verbintenis tot overdracht en de hier tot uitgangspunt genomen verbintenis tot voorwaardelijke overdracht. Zie hierover mijn samen met S. Houdijk geschreven noot onder *Rabobank/Reuser* in *Tvl* 2016/31.

²² Snijders, *o.c.*, nr. 420 met vermelding van alternatieve beschouwingwijzen, waaronder met name Fabers onderscheid tussen voorwaardelijke overdracht en voorwaardelijke levering. Zie bijv. N.E.D. Faber, ‘Overdracht van voorwaardelijke eigendom’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 33-58.

²³ Snijders, *l.c.*

²⁴ Snijders, *o.c.*, nr. 431.

²⁵ Zie Out, *l.c.* en Scheltema, *l.c.*

zijn. Nu deze rechtspraak de hoofdrol speelt in het wetenschappelijke debat over deze vraag, is er aanleiding de relevante uitspraken te analyseren. In deze paragraaf komen de uitspraken over vorderingen die niet uit contract ontstaan (waaronder met name vorderingen die rechtstreeks uit de wet voortvloeien) aan bod, waarna in de volgende paragraaf de uitspraken over vorderingen uit overeenkomst aan de orde zullen komen.

SOS/ABN c.s.²⁶

Leendert Kleyn, een visser, had bij de Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Visserij een aanvraag ingediend voor een uitkering. Dergelijke uitkeringen werden door dit fonds toegekend aan vissers die hun boot aan de visserij onttrokken. Nog voordat op deze aanvraag was beslist, had Kleyn deze vordering gecedeerd aan ABN. Hangende de beslissing op de aanvraag ging Kleyn failliet. De aanspraak van Kleyn op uitkering werd door de Hoge Raad beoordeeld als een ten tijde van het faillissement nog toekomstige vordering, zo volgt uit zijn overwegingen.

De opeisbaarheid van Kleyns vordering hing af van de beslissing op de aanvraag door de debiteur. Mijns inziens rust het oordeel van de Hoge Raad op dit kenmerkende gegeven. Hieruit kan het volgende worden afgeleid. Indien de voor opeisbaarheid van een vordering relevante onzekere toekomstige gebeurtenis is gelegen in wilsuitoefening van de debiteur, is sprake van een toekomstige vordering. Bij het aangaan van een dergelijke verbintenis verklaart de partij van wier wilsuitoefening de verbintenis afhankelijk wordt gesteld, immers in feite zich nog niet te verbinden.²⁷ Er is in die gevallen dus (nog) geen verbintenis. Art. 1292 (oud) BW bepaalde met zoveel woorden dat een van een dergelijke voorwaarde afhankelijke verbintenis nietig was. De bepaling is onder het nieuwe recht niet gehandhaafd, omdat op zichzelf al duidelijk is dat in een dergelijk geval geen (voorwaardelijke) verbintenis ontstaat.²⁸

Nu er nog niet door het fonds (de potentiële schuldenaar) over de aanvraag was beslist, bestond er nog geen aanspraak van Kleyn (de potentiële schuldeiser) op het fonds en kon de vordering (hoogstens) als toekomstig worden aangeduid. De vordering van Kleyn was immers afhankelijk van de wil van de schuldenaar, het fonds. Wanneer de situatie omgekeerd was geweest, is minder helder wat de uitkomst zou moeten zijn. Stel dat door het fonds al positief op de aanvraag was beslist doch de uitkering afhankelijk was gemaakt van een definitieve formele bevestiging van Kleyn om daadwerkelijk met de visserij te stoppen. In dat geval zou Kleyn al een potentiële aanspraak op het fonds hebben, onder de (opschortende) voorwaarde dat hij daadwerkelijk wil stoppen met de visserij. Voor het antwoord op

²⁶ HR 26 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4349, NJ 1982/615, m.nt. W.M. Kleijn (SOS/ABN).

²⁷ De subtiliteiten van deze wel als 'potestatieve voorwaarde' aangeduide figuur laat ik hier rusten.

Zie diepgravend Stolz, o.c., hoofdstuk 7.

²⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 146-147 (TM).

de vraag of deze vordering als bestaand of toekomstig moet worden aangemerkt, biedt het arrest geen houvast.²⁹

Kramer/NMB

In het arrest *Kramer/NMB*³⁰ oordeelde de Hoge Raad dat de uit een negatieve belastingsschuld bestaande vordering rechtstreeks uit de (toenmalige) Wib 1964 en de Vpb 1969 voortvloeit en derhalve als een reeds voor het opleggen van de aanslag bestaande vordering dient te worden aangemerkt. Men zou het zo kunnen zeggen dat van een bestaande vordering sprake is wanneer de schuldeiser, zoals de Hoge Raad het in dit arrest formuleerde, een *aanspraak* heeft op nakoming van de prestatie die onderwerp is van de vordering. Dat op het moment dat de aanspraak tot betaling van een geldsom ontstaat nog niet vaststaat wat de hoogte van de geldsom is, doet volgens de Hoge Raad verder niet ter zake. De hoogte kan zo nodig achteraf nog worden vastgesteld.

Het ontstaan van belastingvorderingen is afhankelijk van de in de betreffende wetgeving vastgelegde ontstaansvereisten, zoals bijvoorbeeld het zich voordoen van een belastbaar feit.³¹ Wanneer het zich voordoen van belastbare feiten een keuze van de schuldenaar/belastingplichtige vormt (of met een dergelijke keuze gelijk moet worden gesteld), strookt het met het arrest *SOS/ABN* om aan te nemen dat een (positieve) belastingvordering voordien toekomstig is. Hiermee is niet uitgesloten dat bij negatieve belastingsschulden (ofwel: vorderingen van de belastingplichtige), die afhangen van keuzes van de belastingplichtige, kan worden gesproken van een voorwaardelijk bestaande vordering.

Ter completering van het beeld wijs ik nog op het volgende. De opeisbaarheid van een negatieve belastingvordering hangt in een geval als *Kramer/NMB* af van het vaststellen van een aanslag. Het betreft hier een wilsuiking van de schuldeiser. Indien moet worden aangenomen dat de negatieve belastingvordering in ieder geval bestaat vanaf het moment dat de relevante feiten zich hebben voorgedaan, ligt het voor de hand dat vanaf dat moment sprake is van een vordering onder opschortende voorwaarde van vaststelling van de aanslag.³²

Ontvanger/ABN AMRO

In deze zaak ging het onder meer om het ontstaansmoment van een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Hierover oordeelde de Hoge Raad:³³

‘Voor het ontstaan van een vordering tot schadevergoeding is vereist dat schade is geleden.’

²⁹ Zie bijv. ook Koops, o.c., par. 3, p. 53.

³⁰ HR 11 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AD3803, NJ 1986/68 (*Kramer/NMB*).

³¹ Schuijling, o.c., nr. 106 met nadere verwijzingen.

³² Vgl. Snijders, o.c., nr. 431.

³³ HR 24 mei 1992, NJ 1992/246, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/AMRO*), r.o. 3.3.

Dit oordeel is in overeenstemming met art. 6:162 lid 1 BW, dat de ontstaansvoorwaarden van de buitencontractuele schadevergoedingsvordering inhoudt. Zolang nog niet aan die voorwaarden is voldaan, is de schadevergoedingsvordering volgens de Hoge Raad toekomstig.³⁴ Hiermee verplaatst het debat zich naar de vraag wanneer schade is geleden.³⁵

Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.

Het Land De Nederlandse Antillen stond jegens de bank Ultrafin borg voor een lening die deze bank had verleend aan Parker. Daartoe had het Land een hypotheekrecht op een aan Parker toebehorend erfpachtrecht gekregen. Toen Parker failleerde, kwam de vraag op of Land zijn recht als separatist kon uitoefenen. De Hoge Raad overwoog dat dit niet het geval was, nu Parker nog niet was aangesproken onder de borgtocht.³⁶

‘toen had het Land, als nog niet tot betaling aangesproken borg, immers slechts een vordering onder opschortende voorwaarde en kon het dientengevolge aan zijn recht van hypotheek nog geen bevoegdheden ontleen’.

Het determineren van de regresvordering van het Land als vordering onder opschortende voorwaarde wekt de suggestie dat het een bestaande vordering betreft. Die suggestie wordt versterkt door oudere arresten over dezelfde materie.³⁷ Verdere voeding aan deze gedachte wordt gegeven door het arrest *Brandao/Joral*, waarin de Hoge Raad overwoog:³⁸

‘Een borg heeft jegens de hoofdschuldenaar een regresvordering onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald.’

34 H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie: de overdracht van vorderingen op naam* (Preadvies VBR), Deventer: Kluwer 2000, p. 68 betwifelen beargumenteerd of dit wenselijk is.

35 Zie nader Schuijling, o.c., nr. 98.

36 HR 3 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1386, NJ 1995/340, m.nt. H.J. Snijders onder 342 (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*), r.o. 3.2.

37 HR 13 november 1903, W 7986 (*De Veije q.q./Waterreus*); HR 8 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4190, NJ 1975/268 (*v.d. B./De Bont q.q.*). Over eerstgenoemd arrest uit E.M. Meijers, noot onder HR 9 december 1926, NJ 1927, p. 550 (*Kietvits/Minkenhof & Co.*) de door H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. III Faillissementsrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink 1961, nr. 73 overgenomen en in de latere, nog te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad gehonoreerde kritiek dat de wettelijke vereisten voor het ontstaan van een vordering niet mogen worden beschouwd als opschortende voorwaarden waarvan vervulling terugwerkende kracht heeft (ik zou zeggen: slechts de werking van een al bestaande verbintenis opschort). In vergelijkbare zin Molengraaff/Star Busmann 1951, p. 256-257, voetnoot 4. Meijers is van zijn kritiek teruggekomen in *Algemene Leer van het Burgerlijk Recht. Deel I. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 93, waar hij het arrest *De Veije q.q./Waterreus* aanhaalt ter ondersteuning van het door hem betoogde.

38 HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, NJ 2002/393 (*Brandao/Joral*), r.o. 3.4.

In deze beide gevallen vormde het nog niet aangesproken zijn voor de borg een door de wet aan zijn regresvordering verbonden opschortende voorwaarde. Het intreden van deze voorwaarde was afhankelijk van een rechtshandeling van de borg als schuldeiser van de regresvordering, namelijk betaling van de tegen hem gerichte vordering van de schuldeiser van de vordering tot zekerheid waarvan de borgstelling is aangegaan. Snijders betoogt in zijn noot onder *Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.* dat het gaat om toekomstige vorderingen.³⁹

‘De constructie als vordering onder opschortende voorwaarde komt te gekunsteld voor als het gaat om een wettelijke voorwaarde in de zin van een wettelijke eis voor de totstandkoming van een recht (zoals bijv. een onrechtmatige daad, wanprestatie of – zoals i.c. – betaling). A heeft niet thans een vordering op B onder de opschortende voorwaarde dat B een onrechtmatige daad jegens A pleegt.’

Snijders’ (door velen gedeelde) opvatting wordt door de Hoge Raad gevolgd in het zo dadelijk te bespreken arrest *ASR/Achmea*.

Loyalis/Missler q.q.

In deze zaak was de vraag aan de orde of jegens Van Zijderveld uit hoofde van de aan deze te verrichten uitkeringen krachtens de Uitkeringswet gewezen militairen telkens maandelijks ontstaan. De Hoge Raad oordeelde op basis van de tekst van de wet en de aard van dit recht dat dit niet het geval is en overwoog dat⁴⁰

‘(...) het onderhavige recht niet pas is ontstaan op het moment waarop de staatssecretaris zijn hiervoor in 3.1 onder (i) genoemde beschikking had gegeven. Art. 2 van de Uitkeringswet bepaalt immers dat de gewezen militair recht heeft op een maandelijks uitkering met ingang van de dag van zijn ontslag en dus niet, zoals hiervoor in 3.4 aangestipt, dat het recht op uitkering na het ontslag maandelijks wordt verkregen. Ook de aard van het onderhavige – met rechten uit de sociale verzekeringswetgeving te vergelijken – recht brengt mee dat de beschikking van de staatssecretaris niet noodzakelijk is voor het ontstaan van dat recht. De parlementaire geschiedenis van de Wet tot wijziging van de Uitkeringswet gewezen militairen wijst in diezelfde richting (...).’

ASR/Achmea

In dit arrest stond status van de wettelijke regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar centraal. Hierover heeft de Hoge Raad als volgt geoordeeld:⁴¹

‘De tekst van art. 6:10 lid 2 (“De verplichting tot bijdragen (...) komt op iedere medeschuldenaar te rusten”) en van art. 6:11 lid 1 en 3 (“op het tijdstip van het

39 H.J. Snijders in zijn noot sub 2b onder HR 3 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1388, NJ 1995/342 (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*).

40 HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5665, NJ 2004/412 (*Loyalis/Missler q.q.*) r.o. 3.5.

41 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196, m.nt. C.E. du Perron (*ASR/Achmea*), r.o. 3.6.

ontstaan van de verplichting tot bijdragen”) wijst erop, mede in het licht van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis, dat de regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar is dan ook niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis), maar een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering. Daarop wijst ook het bestaan van de art. 6:8 en 7:865 BW, die overbodig zouden zijn indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar reeds voor de betaling een (voorwaardelijk) schuldeiser van zijn medeschuldenaren zou zijn; vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 102, en Parl. Gesch. Boek 7, blz. 462. Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995/340, HR 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002/393, en HR 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.’

De Hoge Raad overweegt expliciet dat zijn oordeel niet in tegenspraak is met de hiervoor besproken arresten *Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.* en *Brandao/Joral*, noch met het hierna nog te bespreken arrest *Bannenbergh q.q./NMB-Heller*. Wat hier ook van zij,⁴² de huidige opvatting van de Hoge Raad over de wettelijke regresvordering van de hoofdelijke schuldenaar is duidelijk. Hij laat deze opvatting met name steunen op de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis. Interessant is overigens dat de Hoge Raad niet verwijst naar zijn arrest *Delta Lloyd/Zwolsche*,⁴³ waarvan W. Snijders laat zien dat daarin is beslist dat een regresrecht in beginsel pas door betaling aan de schuldeiser ontstaat.⁴⁴

In zijn uitspraak *DLL Factoring c.s./Van Logtestijn q.q.* heeft de Hoge Raad bevestigd dat de wettelijke regresvordering van de borg eerst ontstaat door betaling door de borg.⁴⁵

De hiervoor besproken uitspraken leveren het volgende beeld op. Uit de wet voortvloeiende vorderingen bestaan vanaf het moment dat aan de wettelijke ontstaansvoorwaarden is voldaan. Voordien zijn zij toekomstig.⁴⁶ Of sprake is van

42 N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt spreken in hun noot onder HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *JOR* 2014/172 (*ASR/Achmea*) sub 2 van ‘een weinig fraaie en doorzichtige poging tot geschiedvervalsing’.

43 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5503, *NJ* 1987/506, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Delta Lloyd/Zwolsche*), r.o. 3.2.

44 W. Snijders, ‘Regres en omslag bij hoofdelijkheid’, in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod licet* (Kleijnbundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 387.

45 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *NJ* 2016/48, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*DLL Factoring c.s./Van Logtestijn q.q.*).

46 Aldus bijv. ook J.A.J. Peter in: *GS Vermogensrecht*, art. 97, aant. 10.1; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 323. Vgl. HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1213, *NJ* 2014/276 (*Productschap Vee en Vlees/Van der Molen q.q.*), r.o. 3.5.

wettelijke ontstaansvoorwaarden en welke dat zijn, is een kwestie van wetsuitleg. Een eventueel benodigde wilsuiving van de schuldenaar of een daarmee gelijk te stellen feit geldt als ontstaansvoorwaarde.

Indien weliswaar al aan de wettelijke ontstaansvoorwaarden is voldaan, maar de opeisbaarheid van een vordering nog afhangt van een toekomstige onzekere gebeurtenis, zoals bijvoorbeeld het doen van aangifte of het indienen van een subsidieaanvraag, is sprake van een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde.

5. Contractuele originele verkrijging van vorderingen

Door het sluiten van een overeenkomst kunnen verbintenissen worden geschapen (art. 6:213 lid 1 BW). De meest voorkomende vorm van de verbintenisscheppende overeenkomst is de wederkerige overeenkomst. Hierbij neemt elk van beide partijen een verbintenis op zich ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt (art. 6:261 lid 1 BW). Het recht op die prestatie is een vordering. Aan de orde kwam al dat de prestatie in beginsel terstond opeisbaar is (art. 6:38 BW). Van opeisbaarheid is geen sprake als de verbintenis een opschortende voorwaarde kent. Van opeisbaarheid is evenmin sprake indien de vordering toekomstig is. Uit het ontbreken van opeisbaarheid kan dus geen aanknopingspunt worden ontleend voor het antwoord op de vraag of een vordering als toekomstig moet worden gekwalificeerd.⁴⁷

Ik zal hierna bezien of de rechtspraak van de Hoge Raad over de vraag of niet-opeisbare vorderingen uit overeenkomst waarvan de opeisbaarheid afhankelijk is van een onzekere toekomstige gebeurtenis, als bestaand of toekomstig moet worden aangemerkt, kan helpen bij het vinden van een criterium voor het onderscheiden tussen bestaande en toekomstige vorderingen.

Staal Bankiers/Ambags q.q. c.s.

Mikkers was als vennoot toetreden tot Armecon. Daartoe had hij een krediet gekregen van Staal Bankiers. Ter verzekering van terugbetaling van dit krediet had hij alle bestaande en toekomstige vorderingen op Armecon of de vennoten aan Staal Bankiers gecedeerd. Toen Mikkers faillieerde, trad de in de maatschapsakte opgenomen regeling in werking dat in geval van een faillissement van een van de vennoten de andere vennoten ervoor konden kiezen tegen betaling aan de failliet diens aandeel over te nemen. De vraag kwam vervolgens op of de vordering tot de genoemde betaling als een ten tijde van de cessie reeds bestaande of als een toekomstige vordering moest worden gezien.

⁴⁷ Stolz, o.c., par. 6.2.5.3, p. 560; Schuijling, o.c., nr. 94.

De Hoge Raad oordeelde dat het een toekomstige vordering betreft, omdat (onderstreping toegevoegd)⁴⁸

‘[e]en vordering als de onderhavige die afhankelijk is van wilsverklaringen van de debiteur, (...) eerst [ontstaat] door aflegging van deze wilsverklaring. Van een voorwaardelijke vordering is dan geen sprake. Te dezen staat vast dat de vereiste wilsverklaring – de verkiezing de maatschap voort te zetten en de uitoefening van het recht het maatschapsaandeel over te nemen – eerst na de faillietverklaring zijn afgelegd’.

Deze overweging is in lijn met het hiervoor besproken arrest *SOS/ABN*: de vordering ontstaat eerst met de vereiste wilsverklaring van de schuldenaar. Het arrest *Staal Bankiers/Ambags q.q. c.s.* laat zich contrasteren met het in § 4 besproken voorwaardelijk eigendomsrecht van de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud. Ook daar hangt de uiteindelijke ‘volle’ verkrijging af van een onzekere toekomstige gebeurtenis die afhankelijk is van een rechtshandeling. Hier betreft het evenwel een rechtshandeling van de verkrijger. Indien de verkrijger betaalt, groeit zijn voorwaardelijk eigendomsrecht aan tot volledige eigendom.⁴⁹ De in deze betaling gelegen wilsuitoefening van de crediteur strekt ertoe dat hij zijn op grond van de overeenkomst bestaande potentiële aanspraak tot verkrijging van volle eigendom geldend wil maken. De koper ‘heeft’ deze aanspraak in zoverre al voorafgaand aan zijn wilsverklaring dat de verkoper niet meer kan verhinderen dat de koper deze door een wilsuiting c.q. (rechts)handeling opeisbaar maakt. Vanuit rechtssystematisch oogpunt ligt het voor de hand dienovereenkomstig te oordelen voor voorwaardelijke vorderingen waarvan de opeisbaarheid afhankelijk is van een rechtshandeling van de schuldeiser. Voor het oude recht concludeerde Rutten dan ook:⁵⁰

‘Art. 1292 handelt slechts over de verbintenis die afhangt van de wil “van dengenen die verbonden is”, d.i. de schuldenaar. Is zij afhankelijk gesteld van de enkele wil van de schuldeiser of van een derde, dan is er natuurlijk een geldige voorwaardelijke verbintenis.’

Het verschil tussen de voorwaarde van een wilsverklaring zijdens de debiteur en de crediteur laat zich met een voorbeeld verder verduidelijken. Wanneer A zich verplicht tot overdracht van een auto aan B, doch slechts onder de voorwaarde dat A het uiteindelijk wil, dan bestaat er eigenlijk helemaal geen verbintenis tot overdracht, en dus ook geen dienovereenkomstige vordering. A verplicht zich in feite tot niets en B heeft dus materieel ook helemaal niets. Wanneer echter omgekeerd A zich verplicht tot overdracht van een auto aan B, doch slechts onder de voorwaarde

48 HR 25 maart 1989, ECLI:NL:HR:1988:AD0247, *NJ* 1989/200, m.nt. W.M. Kleijn (*Staal Bankiers/Ambags q.q. c.s.*), r.o. 3.2.

49 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 4.2.3.

50 Asser/Rutten 4-I 1981, p. 135.

dat B dit uiteindelijk wil, ligt dit anders. B heeft een potentiële aanspraak op levering van de auto. Die potentiële aanspraak raakt reeds voorafgaand aan het inroepen ervan het vermogen van zowel A als B. In beide voorbeelden is het ontstaan van de verplichting (louter) afhankelijk gesteld van een wilsverklaring van partijen. In het eerste geval is er (nog) geen verbintenis, zodat de vordering (hoogstens) als toekomstig kan worden gekwalificeerd, in het tweede geval is de vordering van B afhankelijk is van het intreden van de voorwaarde dat B de auto wil. Deze afhankelijkheid van de wil van de crediteur staat er niet aan in de weg de vordering als bestaand aan te merken, omdat de crediteur het vermogensbestand-deel al 'in zijn macht heeft'.

Het belang van het verschil tussen afhankelijkheid van een verbintenis van de wil van de crediteur en afhankelijkheid van de wil van de debiteur wordt veelal onderkend.⁵¹ Afhankelijkheid van debiteurswil levert in het geheel geen (bestaande) verbintenis op, terwijl dat voor afhankelijkheid van crediteurswil de vraag is. Voor het corresponderende onderscheid tussen vorderingen die afhankelijk zijn van debiteurs- resp. crediteurswil leidt dit ertoe dat vorderingen die afhankelijk zijn van de debiteurswil niet bestaan, terwijl dit voor vorderingen die afhankelijk zijn van de crediteurswil niet per se het geval is.

Het criterium-Kleijn scheert bij de categorie van het 'interne element' de rechtshandeling zijdens debiteur en de rechtshandeling zijdens crediteur als element waarvan de vordering afhankelijk is, over één kam, zonder dit nader te motiveren. Het voorafgaande geeft aanleiding wél onderscheid te maken, ook al lijkt Snijders Kleijn in dit opzicht te willen volgen.⁵² De schuldeiser van een vordering waarvan de opeisbaarheid afhankelijk is van de wil van de schuldenaar, heeft niets dat actuele vermogenswaarde vertegenwoordigt. De schuldeiser van een vordering die afhankelijk is van zijn eigen wil 'heeft' daarentegen wel degelijk iets.⁵³ Het ligt immers binnen zijn vermogen om de vordering door een wilsuitering werking te

⁵¹ *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 146 (TM); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/175; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/81; J.D.A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 49; W.H. van Boom, 'Toekomstigheid van vorderingen (ii)', *WPNR* 6109 (1993), p. 722; M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen en de juridische kwalificatie van voorbehouden* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, par. 6.5.1.2. W.L. Valk, in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (5e druk), Deventer: Kluwer 2007, nr. 47, spreekt, minder juist, over de potestatieve voorwaarde als '(...) de voorwaarde die afhankelijk is van de wil van een van partijen'. In Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/267 lijkt ook geen onderscheid te worden gemaakt.

⁵² H.J. Snijders & E.B. Rank Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 431 (H.J. Snijders). Hij lijkt hierbij wel te erkennen dat de rechtspraak van de Hoge Raad, waaronder met name het arrest *Kramer q.q./NMB*, hiermee niet geheel strookt. Zie in overeenstemming met het criterium-Kleijn ook S.C.J.J. Kortmann, 'Staal Bankiers/Mr. Ambags q.q.', *AA* 1989, p. 56-61; A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 5 januari 1990, *NJ* 1990/325 (*Dubbeld/Laman*).

⁵³ In deze richting ook M.A. Blom, *Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen*, Amsterdam: NIBE 1989, p. 9.

verlenen, zodat deze vordering voor hem ook vóór de betreffende wilsuiting actuele vermogenswaarde heeft.

Ook gezien vanuit het perspectief van het begrip ‘vermogensrecht’ is er een relevant verschil tussen het geval dat de vordering afhankelijk is gemaakt van een rechtshandeling zijdens de debiteur dan wel zijdens de crediteur. Art. 3:6 BW bepaalt:

‘Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.’

Nu een vordering die afhankelijk is van wilsuitoefening door de schuldenaar niet daadwerkelijk stoffelijk voordeel in het vooruitzicht stelt, is van een vermogensrecht (nog) geen sprake. In het geval dat de vordering afhankelijk is van wilsuitoefening door de schuldeiser, dan strekt deze, zoals duidelijk werd uit het voorbeeld van de auto, er althans in potentie juist wel toe de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen.

Instructief is het hypothetische geval waarin de casus van *Staal Bankiers/Ambags q.q.* precies andersom ligt. De overige vennoten verbinden zich tot het overnemen van Mikkers’ aandelen tegen betaling van een bepaalde som, indien hij voor zichzelf wil beginnen. Indien hij dan daadwerkelijk besluit om voor zichzelf te beginnen dan zullen de vennoten ook moeten uitkeren. In dat geval kan worden gezegd dat er vanaf het moment dat de overige vennoten zich ter zake verbinden in zoverre een aanspraak bestaat dat Mikkers een opeisbare vordering heeft indien hij daadwerkelijk voor zichzelf begint.

WUH/Emmerig q.q.

Onex heeft haar vorderingen ten aanzien van huurtermijnen tot zekerheid gece-deerd aan haar financier WUH. Onex failliet. De curator stelt zich op het standpunt dat na faillissementsdatum opeisbaar geworden huurvorderingen in de boedel vallen. De Hoge Raad volgt dit standpunt:⁵⁴

‘Het ontstaan van vorderingen als hier bedoeld, die niet geacht kunnen worden hun bestaan reeds te zijn aangevangen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst tot stand kwam, is afhankelijk van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot, onderscheidenlijk het na de faillietverklaring nog resterende deel van het huurgenot, waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt. Ook in het geval dat het gaat om een huurovereenkomst voor bepaalde tijd, zoals de tijd van vijf jaren, krachtens art. 1625 BW voorgeschreven voor huur van bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 BW, kunnen de vorderingen ter zake van de huurtermijnen niet gelijk worden gesteld met terstond bij het sluiten van een overeenkomst reeds hun bestaan aanvangende vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling of tot

⁵⁴ HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 (WUH/Emmerig q.q.), r.o. 3.2.

terstond vaststaande periodieke betalingen. Een en ander vloeit voort uit de aard van de huurovereenkomst, zoals deze onder meer tot uiting komt in bepalingen als de art. 1584 eerste lid, 1586, 1588, 1589 en 1591 BW.'

Deze overwegingen overtuigen mij niet. Een huurovereenkomst legt op de huurder de verplichting periodiek huur te betalen. Anders dan de Hoge Raad overweegt, is het – tenzij anders is overeengekomen – mijns inziens niet zo dat de opeisbaarheid van de vordering tot huurbetaling afhangt van de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot. Iets anders is dat de huurder bij een gebrek in de prestatie tijdens de verhuurder zijn huurbetalingsverplichting kan opschorten (art. 6:262 lid 1 BW).⁵⁵ Verbintenissen tot huurbetaling zijn mijns inziens geen voorwaardelijke verbintenissen, maar verbintenissen onder tijdsbepaling.⁵⁶ Daaraan doet niet af dat de opeisbaarheid in zoverre aan de dienovereenkomstige vorderingen kan ontvallen dat het einde van de huurovereenkomst uiteraard betekent dat er voor de toekomst geen huur meer verschuldigd is. Daarin verschillen deze vorderingen niet van iedere vordering uit een overeenkomst die teniet gaat voordat de vordering opeisbaar wordt. Ik zou hierom menen dat de uitspraak *WUH/Emmerig q.q.* voor discussie vatbaar is,⁵⁷ en in ieder geval minder relevant is voor de vraag die hier voorligt (wanneer is een vordering waarvan de opeisbaarheid afhangt van een onzekere toekomstige gebeurtenis, toekomstig?) dan voor een andere vraag (in hoeverre zijn vorderingen onder tijdsbepaling toekomstig?).⁵⁸ Deze laatste vraag valt buiten het bestek van deze bijdrage.⁵⁹

De lezer vraagt zich wellicht af waarom ik desondanks de nodige aandacht aan het arrest *WUH/Emmerig q.q.* besteed. De reden is dat in de literatuur over de vraag wanneer een vordering waarvan de opeisbaarheid afhangt van een onzekere toekomstige gebeurtenis, toekomstig is, veel aandacht wordt gegeven aan dit arrest.⁶⁰ De gedachte heeft daarbij wel postgevat dat het antwoord op deze vraag bij wederkerige overeenkomsten afhangt van de vraag of de tegenprestatie nog moet worden geleverd.⁶¹ Hierbij wordt mijns inziens nogal eens miskend⁶² dat de opeisbaarheid van een contractuele vordering in beginsel (tenzij anders overeen gekomen) niet afhangt van voldoening van de tegenprestatie.⁶³ Met Stolz meen ik

⁵⁵ Verhagen & Rongen, *o.c.*, p. 48; Stolz, *o.c.*, par. 6.2.5.4, p. 568.

⁵⁶ Stolz, *o.c.*, par. 6.2.5.5, p. 570.

⁵⁷ Zie ook de uitgebreide kritische beschouwingen van Rongen, *o.c.*, nr. 867-876.

⁵⁸ Vgl. de worsteling van Schuijling, *o.c.*, nr. 109 met dit arrest.

⁵⁹ Zie hierover bijv. Meijers, *o.c.*, p. 94, die de nog niet opeisbare loonvordering als bestaand aanmerkt; Schuijling, *o.c.*, nr. 93.

⁶⁰ Zie met name Rongen, *l.c.*

⁶¹ Zie over deze opvatting Stolz, *o.c.*, par. 6.2.5.4.

⁶² Zo bijv. kennelijk J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 126; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 323.

⁶³ Zie de noten van E.M. Meijers sub 2 onder HR 9 december 1932, *NJ* 1933, p. 300 (*Van den Berg/De Waard*) en HR 5 maart 1940, *NJ* 1940/848 (*De Boer/Haskeveenpolder*).

dan ook dat de tegenprestatie op zichzelf geen geschikt aanknopingspunt is voor de vraag of een contractuele vordering al dan niet toekomstig is.⁶⁴

Dubbeld/Laman

Dubbeld had Lamans voormalige echtgenoot Csorba op 17 november 1978 een woonhuis verkocht. Bij die overeenkomst verbond Csorba zich tot betaling van een boete voor het geval dat hij het huis niet vóór 1 juli 1979 had afgenomen. Csorba neemt niet af en de boete wordt opeisbaar. Dubbeld meende dat de boetevordering Csorba in de inmiddels op 14 juni 1979 ontbonden huwelijksgemeenschap viel, zodat hij (gedeeltelijk) verhaal op Laman had. Het hof oordeelde dat dit onmogelijk het geval kon zijn, omdat de boete op haar hoogst vanaf 1 juli 1979 verschuldigd zou kunnen zijn. De Hoge Raad deelt de conclusie van het hof en motiveert dit in r.o. 3 als volgt:⁶⁵

‘Een vordering als de onderhavige die afhankelijk is van de wanprestatie van de debiteur ten aanzien van de nakoming van de contractuele verplichting waarop de boete is gesteld, ontstaat eerst door die wanprestatie. Van een voor de wanprestatie reeds bestaande, voorwaardelijke vordering is derhalve geen sprake.’

Dit oordeel strookt met *Staal Bankiers/Ambags q.q. c.s.*: ten tijde van het ontbinden van de huwelijksgemeenschap bestond nog helemaal geen vordering, omdat het ontstaan daarvan afhankelijk was van een (rechts)handeling van de schuldenaar van die vordering (Csorba).

Frima q.q./Blankers

Blankers was sinds 1974 in dienst van KGN. KGN had een pensioenverzekering ten behoeve van Blankers gesloten. Voorts had KGN zich verplicht tot verhoging van haar premievrije aanspraak op ouderdomspensioen indien het dienstverband zou worden opgezegd (affinanciering). KGN betaalde daartoe premie aan Nationale Nederlanden. Vervolgens failliede KGN. Na het faillissement zei curator Frima de overeenkomst met Blankers op. Daardoor ontstond de vraag of de vordering van Blankers tot affinanciering moest worden gezien als een reeds vóór het faillissement bestaande vordering (die dus ter verificatie moest worden ingediend), dan wel dat deze vordering pas ontstaan is door opzegging door de curator en derhalve als boedelschuld moet worden aangemerkt. Ook hier geldt weer dat de opzegging afhankelijk was van de opzegging door de curator als debiteur. De Hoge Raad oordeelde dat⁶⁶

‘de voormelde verplichting tot affinanciering (...) pas [is] ontstaan door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator en derhalve als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling’.

⁶⁴ Stolz, *l.c.*, p. 567.

⁶⁵ HR 5 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8998, NJ 1990/325 (*Dubbeld/Laman*), r.o. 3.

⁶⁶ HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, NJ 1994/229, m.nt. W.M. Kleijn (*Frima q.q./Blankers*), r.o. 3.3.

Dit resultaat past in de lijn van de arresten *Staal Bankiers/Ambags q.q.* en *Dubbeld/Laman*. KGN (althans de curator) had zich immers aanvankelijk – door de verplichting tot affinanciering afhankelijk te maken van zijn haar eigen handelingen – nog tot niets verplicht. Er bestond dus ook geen aanspraak van Blankers die nog slechts geldend gemaakt moest worden. Dat de Hoge Raad vervolgens tot het oordeel komt dat het derhalve ook geen bestaande vordering onder opschortende voorwaarde betreft, mag dan ook niet verbazen.

Worden de feiten in deze zaak spiegelbeeldig voorgesteld, dan ontstaat een ander beeld. Stel dat was overeengekomen dat KGN zou overgaan tot affinanciering wanneer Blankers de overeenkomst zou opzeggen. In dat geval zou Blankers er van uit kunnen gaan dat zij, wanneer de overeenkomst door haar zou worden opgezegd, KGN in ieder geval zou moeten overgaan tot affinanciering. KGN had op de inwerkingtreding van die aanspraak geen enkele invloed meer gehad. Er bestaat in dat geval dus een potentiële aanspraak van Blankers, die opeisbaar gemaakt kon worden door de overeenkomst op te zeggen. Het betreft daarmee een vordering onder opschortende voorwaarde van opzegging van Blankers. Of een dergelijke vordering voorafgaand aan de opzegging bestaat of toekomstig is, leert het arrest niet.

Zürich/Lebosch

In deze zaak overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de uitkeringsvordering op de verzekeraar dat⁶⁷

‘(...) voor het intreden van een betalingsverplichting (...) bepaalde voorwaarden voldaan moet zijn, zoals het intreden van het onzeker voorval waartegen is verzekerd en het optreden van schade in het verzekerd belang’.

Uit deze overweging wordt wel afgeleid dat de uitkeringsvordering voorafgaand aan het onzeker voorval toekomstig is. Er is evenwel een aanzienlijke stroming in de literatuur die hier anders over oordeelt.⁶⁸ De zwakte van deze laatste opvatting is dat zij mede gebaseerd wordt op het argument dat de opeisbaarheid van een uitkering afhankelijk is van een onzekere toekomstige gebeurtenis, zodat sprake is van een voorwaardelijke vordering, en ‘dus’ van een bestaande vordering. In die redenering wordt ten onrechte ervan uitgegaan dat voorwaardelijkheid en toekomstigheid elkaars complement zijn.

Bannenberg q.q./NMB-Heller

In het arrest *Bannenberg q.q./NMB-Heller* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een contractuele regresvordering als een bestaande voorwaardelijke vordering kan worden aangemerkt. In deze zaak ging het om een zogenaamd ‘wederzijdse zekerhedenarrangement’ of ‘overwaarde-arrangement’. NMB-Heller had als

⁶⁷ HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1683, NJ 2002/456, m.nt. M.M. Mendel (*Zürich/Lebosch*), r.o. 3.4.3.

⁶⁸ Zie voor een overzicht van de opvattingen en hun pleitbezorgers Schuijling, o.c., nr. 101.

kredietverschaffer van ICT jegens ING, een andere kredietverschaffer van ICT, de verplichting op zich genomen een eventueel tekort in de terugbetalingen van ICT aan ING Bank aan te zuiveren. NMB-Heller had in verband met deze verplichting een contractuele verhaalsvordering op ICT verkregen. ICT had haar vorderingen verpand aan NMB-Heller tot zekerheid van alles wat NMB-Heller van ICT te vorderen zou hebben. ICT failleerde, terwijl ING nog bedragen van haar te vorderen had. NMB-Heller zuiverde dit tekort in overeenstemming met haar contractuele verplichting aan en wilde vervolgens overgaan tot het uitwinnen van haar pandrechten om nakoming van haar contractuele regresvordering te verkrijgen. De Hoge Raad oordeelde in dit verband dat de contractuele regresvordering van NMB-Heller ten tijde van het faillissement van ICT reeds voorwaardelijk bestond.⁶⁹

Van den Berg/Van der Walle

In deze zaak oordeelde de Hoge Raad in het kader of de vraag of beslag op kredietruimte mogelijk moet worden geacht:⁷⁰

‘Voor de bank die aan zijn cliënt een kredietfaciliteit heeft verschaft, ontstaat pas een verbintenis tot uitbetaling van een bedrag uit de kredietruimte (aan de cliënt zelf of aan een door deze aangewezen derde) wanneer die cliënt van zijn bevoegdheid tot afroep gebruik maakt. Het enkele bestaan van een kredietrelatie tussen bank en cliënt brengt dus niet mee dat de cliënt reeds op die grond een – vooralsnog voorwaardelijke – vordering heeft op de bank, ook al vindt de vordering die na afroep ontstaat haar onmiddellijke grondslag in de tussen bank en cliënt gesloten kredietovereenkomst (...).’

ING/Nederend q.q.

Na faillissement van Spaanderman heeft de curator een aantal overeenkomsten van de failliet met derden opgezegd. De daaruit voortvloeiende restitutieverbintenissen van die derden zijn door hen door betaling op de faillissementsrekening voldaan. ING stelt zich op het standpunt dat de restitutievorderingen reeds voor faillissement bestonden en daarom onder het door haar bedongen pandrecht vallen. De Hoge Raad oordeelt anders:⁷¹

‘Vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie als gevolg van ontbinding of opzegging van een overeenkomst, moeten voor de toepassing van art. 35 lid 2F. worden aangemerkt als vorderingen die pas ontstaan door de genoemde beëindigingshan-

69 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618, m.nt P. van Schilfgaarde (*Bannenbergh q.q./NMB-Heller*), r.o. 4.2. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt betwijfelen dat er in deze zaak sprake was van een contractuele regresvordering. Zie hun noot sub 5 onder HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, JOR 2016/20 (*DLL/Van Logtestijn q.q.*).

70 HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203, m.nt. H.J. Snijders (*Van den Bergh/Van der Walle c.s.*), r.o. 3.5.

71 HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9463, NJ 2010/653 (*ING/Nederend q.q.*), r.o. 3.5.

deling, zodat de schuldeiser die vorderingen pas op dat moment verkrijgt. Door de ontbinding of opzegging wordt immers de rechtsverhouding tussen partijen ingrijpend gewijzigd, als gevolg waarvan veelal bestaande verbintenissen tot een einde komen en nieuwe verbintenissen (tot ongedaanmaking of restitutie) ontstaan. Er is bij ontbinding of opzegging van een overeenkomst dus geen sprake van reeds voordien (bij het sluiten van de overeenkomst of bij het verrichten van bepaalde prestaties uit hoofde van de overeenkomst) ontstane vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie onder de opschortende voorwaarde van ontbinding of opzegging.'

De restitutievorderingen worden opeisbaar door beëindiging van de overeenkomsten door de curator. Het betreft hier een rechtshandeling zijdens de schuldeiser. De schuldenaar kan de opeisbaarheid niet voorkomen. In zoverre kan worden gezegd dat de failliet steeds een restitutievordering in zijn vermogen had, dat hij de opeisbaarheid hiervan in het leven kon roepen door beëindiging van de desbetreffende overeenkomst. Desalniettemin oordeelt de Hoge Raad dat geen sprake is van voordien voorwaardelijk bestaande vorderingen. De Hoge Raad legt hieraan ten grondslag dat beëindiging van de overeenkomst 'een ingrijpende wijziging van de rechtsverhouding tussen partijen' inhoudt. Volgens Rongen 'verheldert het arrest het troebele beeld dat uit de jurisprudentie opkomt niet' (*'Integendeel'*),⁷² en volgens Stolz biedt het 'geen enkele duidelijkheid'.⁷³

Schuijling brengt het arrest in verband met andere rechtspraak over vorderingen die opeisbaar worden ter gelegenheid van de beëindiging van overeenkomsten.⁷⁴ In verband met de status van dergelijke vorderingen signaleer ik nog het volgende probleem. Beëindiging van een overeenkomst kan zowel zijdens de schuldenaar als de schuldeiser geschieden. Het lijkt op het eerste gezicht problematisch om vorderingen die door beëindiging opeisbaar worden, als voorwaardelijk bestaand dan wel als toekomstig aan te merken al naar gelang de schuldenaar dan wel de schuldeiser de overeenkomst beëindigt. In *Koot/Tideman q.q.* valt evenwel de intrigerende overweging te lezen dat de schadeherstelvordering van de verhuurder 'bij het einde van de huur ontstaat of opeisbaar wordt'.⁷⁵ Ik moet dit punt, dat nadere analyse verdient, laten rusten.

Ingwersen q.q./ICF

In deze zaak ging het, evenals in *Bannenberg q.q./NMB-Heller*, om een overwaardearrangement. De Hoge Raad bevestigde dat de contractuele regresvordering van de borg een reeds voor betaling door de borg bestaande voorwaardelijke vordering

⁷² Rongen, o.c., nr. 866, p. 1115.

⁷³ Stolz, o.c., par. 6.2.5.4, p. 569.

⁷⁴ Schuijling, o.c., nr. 122, onder verwijzing naar onder meer HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3819, NJ 2000/53, m.nt. P. van Schilfgaarde (*LISV/Wilderink q.q.*).

⁷⁵ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot/Tideman q.q.*), r.o. 3-7-4.

is.⁷⁶ De Hoge Raad expliciteert dat deze vordering kan worden gecreëerd naast de tot betaling door de borg toekomstige wettelijke regresvordering. Hieruit volgt dat partijen in weerwil van de wettelijke status van uit de wet voortvloeiende vorderingen in beginsel over de status van analoge vorderingen kunnen beschikken.

6. Een kwestie van uitleg

In het voorafgaande is een breed palet van vorderingen aan de orde gekomen waarvan de opeisbaarheid afhangt van onzekere toekomstige omstandigheden. De vraag of een dergelijke vordering als bestaand of als toekomstig moet worden aangemerkt, lijkt tamelijk casuïstisch te worden beantwoord.⁷⁷ Toch kunnen er mijns inziens wel enkele lijnen worden getrokken. Alvorens ik mijn eigen visie presenter, bespreek ik drie recent voorgestelde criteria.

Rongen stelt als criterium voor dat een vordering bestaat indien de essentialia van de verbintenis aanwezig zijn. Op basis van een uitgebreide analyse concludeert hij dat contractuele vorderingen in beginsel (behoudens andersluidende partijwil of het ontbreken van essentialia) als bestaand moeten worden aangemerkt en dat het bij buitencontractuele vorderingen afhangt van wetsuitleg.⁷⁸

Stolz wil als criterium aannemen dat opschortend voorwaardelijke vorderingen als toekomstig gelden als de schuldenaar het in de hand heeft dat de relevante gebeurtenis al dan niet intreedt, zonder dat gezegd kan worden dat dit tekortschieten jegens de wederpartij oplevert.⁷⁹

Volgens Schuijling hangt het antwoord op de vraag of een vordering waarvan de opeisbaarheid afhangt van een toekomstige onzekere gebeurtenis bestaat of toekomstig is, af van de aard van de rechtsverhouding en de bedoeling van partijen.⁸⁰

Ik zal deze drie criteria betrekken bij de presentatie van mijn eigen visie, waaraan ik nu toekom.

Duidelijk lijkt mij allereerst dat vorderingen waaraan de schuldenaar zich eenvoudigweg kan onttrekken, omdat de opeisbaarheid van zijn wil of een daarmee op één lijn te stellen feit afhangt, als toekomstig moeten gelden.⁸¹ Hierover bestaat voor zover ik heb kunnen nagaan, geen verschil van mening.

Duidelijk lijkt mij voorts dat de status van vorderingen met buitencontractuele grondslag afhangt van wetsuitleg (met inachtneming van het voorafgaande inzake

⁷⁶ HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, NJ 2016/49, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ingwersen q.q./ICF*), r.o. 4.1 jo. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*DLL/Van Logtestijn q.q.*), r.o. 3.3.2.

⁷⁷ Aldus ook kritisch Rongen, *l.c.*

⁷⁸ Rongen, *o.c.*, nr. 889-909.

⁷⁹ Stolz, *o.c.*, par. 6.2.5.6, p. 574 en par. 7.3.4.3, p. 669.

⁸⁰ Schuijling, *o.c.*, nr. 95.

⁸¹ Aldus ook bijv. Verhagen & Rongen, *o.c.*, p. 52, die voor het overige alle vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit bestaande rechtsverhoudingen als bestaand willen aanmerken.

de relevantie van de wil van de schuldenaar). Dit is in overeenstemming met de hiervoor besproken rechtspraak van de Hoge Raad, waarbij tekst, strekking en geschiedenis van relevante bepalingen voor de Hoge Raad de aanknopingspunten vormen voor de beantwoording van de vraag naar de status van de litigieuze vordering. Hierin volg ik Rongen, en als ik het goed zie, is dit ook in overeenstemming met de visie van Schuijling. Daar waar de wet ontstaansvoorwaarden stelt, kan voorafgaand aan het vervuld zijn daarvan slechts sprake zijn van toekomstige vorderingen.⁸²

Bij vorderingen met contractuele grondslag geldt het voorafgaande voor zover de status van die vorderingen wordt afgeleid uit dwingend of aanvullend objectief recht. Hier zou wat mij betreft op basis van de voorafgaande analyses als uitgangspunt kunnen gelden dat vorderingen waarvan de opeisbaarheid afhangt van de enkele wil van de schuldeiser of een daarmee op één lijn te stellen feit, voorwaardelijk bestaande vorderingen zijn. Ik realiseer mij dat dit in strijd is met enkele van de besproken uitspraken. De belangrijkste pijler onder mijn opvatting is dat de schuldeiser in dit soort gevallen al 'iets' heeft dat vermogenswaarde vertegenwoordigt, nu zijn eigen invloed beslissend is.

Uit de rechtspraak over het overwaarde-arrangement volgt dat partijen het ontstaansmoment van hun contractuele vorderingen kunnen bepalen. Zowel Van Boom als Wibier geven het voorbeeld dat aldus huurvorderingen die, zoals hiervoor aan de orde kwam, in het arrest *WUH/Emmerig q.q.* vanuit wettelijk perspectief nog als toekomstig werden aangemerkt, bestaand kunnen worden gemaakt.⁸³ Schuijling wijst erop dat de parlementaire geschiedenis grond geeft voor aarzeling op dit punt.⁸⁴ Ik zou menen dat hier de grenzen die uit het geschreven objectieve recht volgen, volstaan. Waar het contract op dit punt afwijkt van het objectieve recht, is dit slechts ongeoorloofd indien de grenzen van art. 3:40 BW worden overschreden.⁸⁵ Voor het overige zouden het aansprakelijkheidsrecht, de (faillissements) pauliana en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid voldoende handvatten moeten bieden om onwenselijke gevolgen van deze contractvrijheid te keren. Daarmee is ook de status van contractuele vorderingen waarvan opeisbaarheid afhangt van een onzekere toekomstige gebeurtenis, een kwestie van uitleg.

⁸² Aldus bijv. ook Meijers, *o.c.*, p. 91.

⁸³ W.H. van Boom, 'Van trappende paarden, overwaarde-arrangementen en regresvorderingen', in: Michael Faure & Ton Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 171; R.M. Wibier, 'Het overwaarde-arrangement, het belang van het mee-tekenen van de schuldenaar en het al dan niet bestaan van wettelijke en contractuele regresvorderingen', *AA* 2016, par. 8, p. 108-109.

⁸⁴ Schuijling, *o.c.*, nr. 124.

⁸⁵ Vgl. Meijers, *o.c.*, p. 93 over de betekenis van regelend recht voor de temporele status van vorderingen.

Mitigating the democratic entropy of worker cooperatives: a holacratic approach

Iris Wuisman and Morshed Mannan¹

I. Introduction

This essay is in honour of Professor dr. Henk Snijder's multifarious and long-lasting contributions to the field of dispute resolution over the past quarter-century. It addresses one of the fundamental internal tensions in democratic enterprises – curbing managerial authority while remaining a competitive business. It draws from the latest developments in management discourse to suggest a durable, organisational approach to ameliorating such disputes in worker cooperatives. A workers' cooperative is an autonomous legal person, governed by private law, which undertakes economic activities in the interest of its worker-members.² In general, they democratically participate in the management and control of the cooperative in exchange for a capital and labour contribution. Members are entitled to elect a board of directors on a 'one member, one vote' basis and to freely express their views on management.³ While profit is not their sole purpose, members

¹ Prof. mr. drs. I.S. Wuisman is a Professor of Company Law and Head of the Company Law Department at Leiden Law School, Leiden University and M. Mannan, Bar-at-Law, LL.M. is a Researcher in the Company Law Department at Leiden Law School, Leiden University.

² Precisely defining cooperatives and distinguishing them from stock companies and other forms of business organisation is a difficult task and we have used a generalised definition of worker cooperatives that is drawn from section 1.1 of the *Draft Principles of European Cooperative Law* (PECOL) (May 2015), available online at: <www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf> accessed on 23 February 2016 and inspired by H. Henrý, *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed. rev., Geneva: ILO 2012. But see ILO, *Recommendation No. 193* of 2002 at Paragraph 2 which emphasises that cooperatives are 'jointly owned'. Otto von Gierke had an even more expansive definition of cooperatives, and included associations from tribes to guilds to municipalities. See O. von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vols, Berlin: Weidemann, 1868-1913, quoted in M. Lehmann, 'Cooperatives as Governance Mechanisms', *ECFR* 2014/1, p. 36.

³ 'Cooperatives are based on the values of self-help, self-responsibility, democracy, equality, equity and solidarity.' They are supposed to be open, distribute surplus in proportion to trade and pay limited interest on capital. For more information regarding Cooperative Values and the 7 Cooperative Principles, see, International Cooperative Alliance, *Cooperative Identity, Values & Principles*, available online at: <<http://ica.coop/en/whats-co-op/co-operative-identity-values-principles>> accessed on 25 January 2016. Lehmann makes the less ideological, contractual

often receive a portion of the surplus revenue of the firm in proportion to their labour input. In the 20th century, such firms mainly developed in geographical and industrial ‘clusters’,⁴ with worker cooperatives becoming prominent in the Basque region of Spain, Northern Italy and the Northwest USA for manufacturing and providing construction, taxicab, scavenging and cleaning services. In these past 25 years in particular, professional organisations and firms that are part of the ‘knowledge’ economy have also embraced the worker cooperative model.⁵ They have – along with many other reasons – arisen out of workers’ desire to have greater control over their working life.

Though these firms are managed by, and in the interest of, labour, empirical studies have shown that there are encouraging signs that they can be as efficient and productive as conventional limited liability companies that are managed in the interest of shareholders.⁶ As workers use their own savings to provide the cooperative’s capital, they are driven to see the organisation become self-sufficient and as they collectively participate in a revenue-sharing model, they are sensitive to

argument that as ‘the cooperative stands in the middle between the market and the firm’, equality of voting (democracy) is similar to equality between parties during offer and acceptance. See M. Lehmann, ‘Cooperatives as Governance Mechanisms’, *ECFR* 2014/1, p. 50.

- 4 For more detail on the development of such clusters, see GK Dow, *Governing the Firm: Workers’ Control in Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 230ff. More recently, cooperatives are enjoying a renaissance in the United States, see California’s Assembly Bill No. 816 of 2015-2016 and the investment of \$ 1.2 million by the New York City Government to fund the development of worker cooperatives. See NCBA CLUSA, ‘New York City Invests \$ 1.2 Million In Worker Cooperatives’ *NCBA CLUSA*, 27 June 2014, available online at: <www.ncba.coop/ncba-media/press-releases/610-new-york-city-invests-1-2-million-in-worker-cooperatives> accessed on 22 February 2015.
- 5 There are a number of such cooperatives represented in the North American ‘Tech Co-op Network’, <<http://techworker.coop/>> accessed on 29 February 2016.
- 6 See, e.g. J.A. Bayo-Moriones, P.J. Galilea-Salvatierra and J.M. de Cerio, ‘Participation, Cooperatives and Performance: An Analysis of Spanish Manufacturing Firms’, in T. Kato and J. Pliskin, *Determinants of the Incidence and the Effects of Participatory Organizations: Advances in the Economic Analysis of Participatory and Labor-Managed Firms*, Amsterdam: Elsevier 2003, where a study of 965 Spanish manufacturing plants revealed that the level of performance of capital-managed firms and cooperatives was similar. Kruse et al. found that the evidence of sixty empirical studies reveals a positive association between ‘shared capitalism’ programmes and company performance, with an average increased productivity of 4.5% as a result of employee ownership and profit sharing. See D.L. Kruse, J.R. Blasi and R. Park, ‘Shared Capitalism in the US Economy: Prevalence, Characteristics and Employee Views of Financial Participation in Enterprises’, in D.L. Kruse, R.B. Freeman and J.R. Blasi (eds.), *Shared Capitalism at Work: Employee Ownership, Profit and Gain Sharing, and Broad-based Stock Options*, Chicago: University of Chicago Press 2010, p. 44.

the quality of each other's work.⁷ They often pay more than the minimum wage and offer better working conditions.⁸ Moreover, there is strong empirical evidence that such organisations are resilient and in some industries have proven to be more resistant to failure than conventionally organised firms.⁹ They attempt to insulate their members from market shocks to a greater degree than archetypal companies by, for instance, lowering earnings per member-worker rather than making a group of them redundant.¹⁰ As a form of organisation, it has an intuitive appeal to social theorists on both sides of the political spectrum, for its potential to nurture democratic values and solidarity as well as its capacity to encourage free enterprise.¹¹ Its participatory nature has led some academics to

7 J. Levin and S. Tadelis, 'Profit Sharing and the Role of Professional Partnerships', *The Quarterly Journal of Economics* 2005/120(1), p. 131-171; GK Dow, *Governing the Firm: Workers' Control in Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2003; H. Hansmann, 'When Does Worker Ownership Work? ESOPs, Law Firms, Codetermination and Economic Democracy', *Yale Law Journal* 1990/99(8), p. 1762.

8 For a recent study on Argentinean cooperatives that demonstrate this notable wage increase, see I. Albergucci et al., *Trabajo auto gestionado y organización política*, Buenos Aires: CTA Ediciones 2009 cited in B. Dobrusin, 'Workers' Cooperatives in Argentina: The Self-administered Workers' Association', *International Journal of Labour Research* 2013/5(2), p. 198.

9 A longitudinal study of the Mondragon group of cooperatives conducted in the wake of the 2008 financial recession found that it had the dynamic ability to innovate and adjust to changing market conditions, even in comparison to conventional firms. See S. Arando et al., 'Assessing Mondragon: Stability & Managed Change in the Face of Globalization', *Working Paper Number 1003*, William Davidson Institute, University of Michigan: 2010 p. 11, 13 available online at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1726449> accessed on 29 January 2016.

10 See, e.g. J. Pencavel, L. Pistaferri and F. Schivardi, 'Wages, Employment, and Capital in Capitalist and Worker-Owned Firms', *Industrial and Labor Relations Review* 2006/60(1), p. 23-44 for a comparative, empirical study on this issue between Italian companies and Italian co-operatives.

11 For a liberal perspective, see N. Jorman, *The Big Society*, Buckingham: University of Buckingham Press, 2010, p. 172-176; H-H. Münkner, *The Relationship Between the State and Cooperative in Cooperative Legislation: Report of a Colloquium Held at Geneva, 14-15 December 1993*, Geneva: Enterprise and Cooperative Development Department, International Labour Office 1994, p. 165; K. Bradley, 'Employee Ownership and Economic Decline in Western Industrial Democracies', *Journal of Management Studies* 1986/23(1), p. 52. For a more left-wing stance see, e.g. B. Jossa, 'Alienation and the Self-Managed Firm System', *Review of Political Economics* 2014/46(1); Both Marx and Lenin believed in the potential of cooperative firms to realise new modes of production but questioned in its sustainability within the capitalist system. See K. Marx, 'The Civil War in France', in: K. Marx and F. Engels, *Collected Works*, Vol. 24, London, Lawrence & Wishart: 1975-2001, p. 335; K. Marx, *Capital*, Vol. III, Harmondsworth: Penguin Books, 1981, p. 513-514 and VI Lenin, 'On Cooperation', in: *Collected Works*, Vol. XXXIII, Moscow: Progress Publishers 1923. For a Parecon, anarchist perspective, see P. Burrows, 'Parecon and Workers' Self-Management: Reflections on Winnipeg's Mondragon Bookstore and Coffee House Collective', C. Spannos, *Real Utopia: Participatory Society for the 21st Century*, Chico CA: AK Press 2008, p. 278.

postulate that it acts as a form of ‘self-realization’¹² and diminishes the alienation experienced by workers in capitalist enterprises.¹³

While there are a number of impediments to the formation of a labour-managed firm,¹⁴ once they do form they confront a series of endogenous conflicts. Some theorists argue that these internal conflicts can lead to the conversion (or ‘degeneration’) of a labour-managed firm into one dominated by a managerial elite and controlled in the interests of capital,¹⁵ as with the 20th century plywood cooperatives in the Northwest USA.¹⁶

In the remainder of this article, we will focus on how conflicts arise in cooperative workplaces and explore how the democratic and self-determining qualities of worker cooperatives can be extended after they reach a level of maturity and develop a complex governance structure. To do so, we will first illustrate the life cycle of *de novo* workers’ cooperatives using a simple example.¹⁷ We describe a set of development stages of worker cooperatives. The evolution of cooperatives may follow different paths and may deviate from the illustration described below.

12 See J. Elster, ‘Self-Realization in Work and Politics’, *Social Philosophy and Policy* 1986/3(2), p. 97-126.

13 Jossa contends that in cooperatives, ‘workers become buyers of production means instead of being bought by the owners of them’, B. Jossa, ‘Alienation and the Self-Managed Firm System’, *Review of Political Economics* 2014/46(1), p. 9.

14 See J. Schwartz, ‘Where Did Mill Go Wrong?: Why the Capital-Managed Firm Rather than the Labor-Managed Enterprise Is the Predominant Organizational Form in Market Economics’, *Ohio State Law Journal* 2012/73(2), p. 219-281 for an overview of the literature on why there are so few labor-managed firms.

15 For more detail on the degeneration thesis, see R. Spear, ‘Governance in Democratic Member Based Organisations’, *Annals of Public and Cooperative Economics* 2004/75(1), p. 33-60; A. Meister, *Participation, Associations, Development and Change*, New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1984; S. Webb and B. Webb, ‘Co-operative Production and Profit Sharing’, *New Statesman* 1914/Special Supplement; B. Potter, *The Cooperative Movement in Great Britain*, London: Swan Sonnenschein & Co. 1891.

16 The Olympia Veneer Cooperative began operating a plywood mill in the state of Washington, USA in 1921 with 125 worker-members, each of whom owned shares worth \$ 500. As the business prospered, some of the original worker-members left the company and non-member workers were hired. By the time the cooperative was sold to the United States Plywood Corporation, there were 1000 non-member workers and 69 member-workers. Of the 69, 23 of them received a return of \$ 652,000 for their share in the cooperative. For more information, see Plywood Pioneers Association, ‘Olympic Veneer Company’, *Plywood in Retrospect* No. 7, Tacoma: Plywood Pioneers Association 1967 and S. Bowles, *Microeconomics: Behavior, Institutions and Evolution*, Princeton: Princeton University Press 2006.

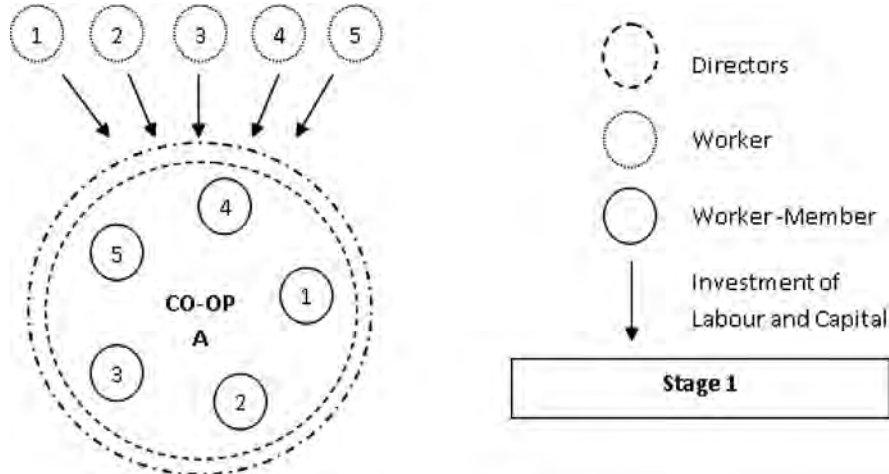
17 It should be noted at the outset that this is a generalized model for a cooperative, as some have differing degrees of workers’ participation, from direct participation to representative participation to no participation in governance at all. For examples of the latter, see the French SCOP cooperatives described in E. Batsone, ‘Organization and Orientation: A Life Cycle Model of French Co-operatives’, *Economic and Industrial Democracy* 1983/4, p. 139-161. These illustrations develop upon the ones used in Cooperatives UK, *The Worker Cooperative Code*, 2012.

However, this example demonstrates the evolving complexity of the governance system that may give rise to internal conflicts. As we focus on the internal factors that cause this, we have not considered external stakeholders such as cooperative federations, trade unions, financial creditors, the government, outside investors, political parties and social movements. While a number of financing issues may also arise, it falls outside of the scope of this article.

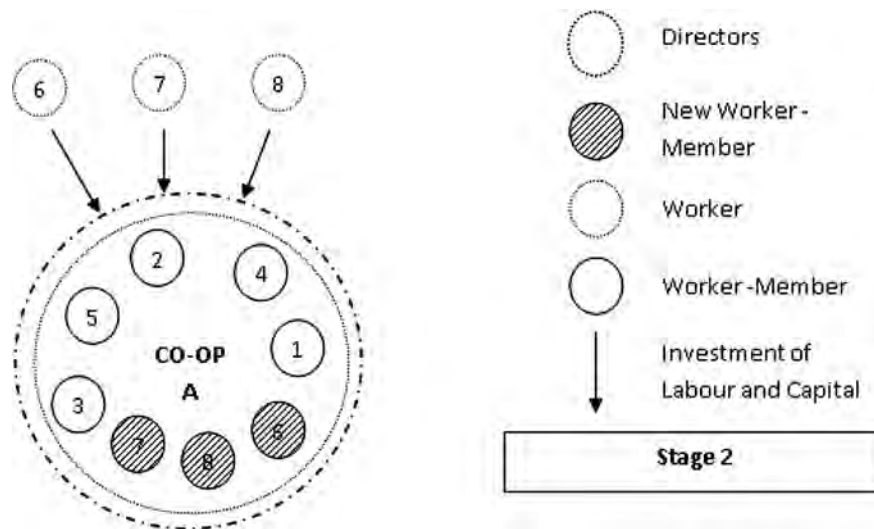
2. The Life Cycle of a Workers' Cooperative

1, 2, 3, 4 and 5 are friends who live in a mid-sized town and have experience in making artisanal wooden furniture. Given their shared interest and expertise, they decide to start a furniture business on a cooperative basis and name it 'Co-op A'. They pool their limited savings to rent a small shop, purchase tools, procure initial supplies and obtain the necessary licenses to start a manufacturing business. At the outset, they set out their vision for the business, distribute tasks and agree that both managerial and operational tasks will be rotated amongst themselves periodically. Given their small size, they decide that they will all be directors of the cooperative, on an equal voting basis, and that an external accountant will be hired to audit their accounts and help prepare annual financial reports.

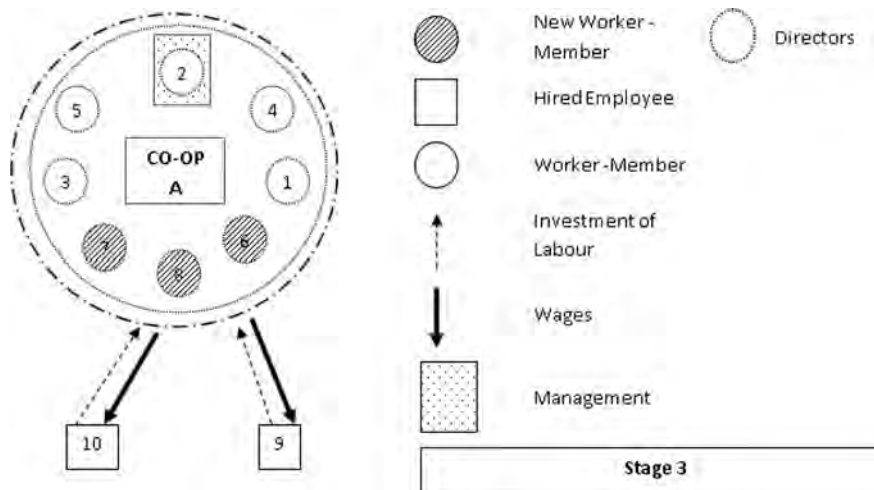
The first stage of their cooperative will therefore look like this:



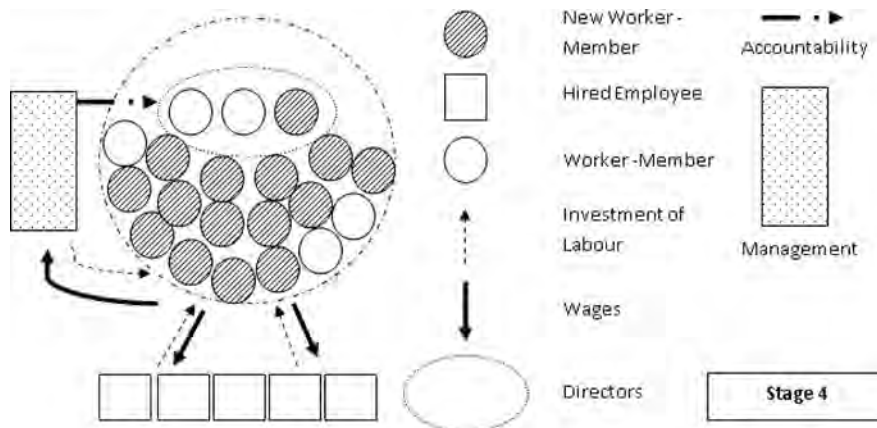
After a while, Co-op A's business begins to pick up. Through word-of-mouth, news about the furniture cooperative spreads across town. One day, three men, 6, 7 and 8, arrive at the shop and express their desire to gain membership of Co-op A. Two of them have experience in delivering goods and the youngest has a marketing degree from a local university. After some discussion, the members agree to include 6, 7 and 8 in the cooperative, in exchange for a capital contribution of EUR 10,000 each and the use of their specific skill sets. At this stage, Co-op A will look like this:



A local tabloid photographs a celebrity shopping in the cooperative and Co-op A's sales skyrocket. They are unable to cope with demand, with supplies running short and each member working several hours overtime. They also find that the original approach of all the workers doing a bit of everything on a rotational basis was not efficient, was unsatisfying and was not necessary to be equal. They therefore decide to specialise with each member doing what they do best. During a weekly meeting, they agree that they need to hire carpenters, 9 and 10, on a contractual basis and that the member with the university degree has to act as a manager, for one year to oversee all of the orders and the business's day-to-day operations. 2 is appointed as the first manager:



With the passage of years, Co-op A purchases fixed assets and opens branches across town. It now has 30 members¹⁸ and a dozen blue-collar and office staff. As the members have a strong bond of trust¹⁹ and they wish to better manage the expansion of the cooperative, they agree to elect three of their own fellow members as 'directors' of the cooperative on an annual basis,²⁰ with the directors being responsible for overseeing operations and appointing a professional, non-member manager to purchase raw materials, ensure quality control, market the furniture and implement decisions made by the board and the members.



3. The Irony of Consensus and the Iron Law of Oligarchy

On the face of it, the cooperative structure of Co-op A should inherently diminish conflicting interests that exist in conventional firms, such as the conflicts between investors and workers or the board of directors and workers. By choosing a

¹⁸ Cornforth suggests that after 15-20 members, some form of representative democracy is needed. See C. Cornforth, 'Patterns of Cooperative Management: Beyond the Degeneration Thesis', *Economic and Industrial Democracy* 1995/16, p. 520. The ICA Group makes a similar suggestion once a worker cooperative has 12 members. See D. Hammer, 'Democratic Governance: The Design of Governance System for Worker Cooperatives', The ICA Group, p. 13, available online at: <<http://ica-group.org/product/democratic-governance-for-worker-co-ops/>> accessed on 23 February 2016.

¹⁹ Feelings of trust can be crucial in the decision of a member to delegate his or her decision-making power to a director. They have to believe that they don't need to be part of every decision made. See the interviews of cooperators in G.C. Hunt, 'Division of Labour, Life Cycle and Democracy in Worker Co-operatives', *Economic and Industrial Democracy* 1992/13, p. 21ff.

²⁰ There is no ideal size of a cooperative Board of Directors, however the ILO recommends that the minimum should be three and the ICA Group suggests that there should be no more than twelve. See H. Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed. rev., Geneva: ILO, 2012, Part 4.3-4.4; D. Hammer, 'Democratic Governance: The Design of Governance System for Worker Cooperatives', The ICA Group, p. 13.

structure in which the workers possess control rights as members of the cooperative on a one-member one-vote basis, the workers have fundamentally sought to diminish the power imbalances and alienation that exists in conventional firms.

Irony of Consensus

Despite the aim of creating a supportive environment for the benefit of worker-members, in stage 1 a number of tensions between the members themselves may arise over the allocation of work and decision-making about the future of the cooperative. Each member may desire a different balance between profit, job security, favourable work-scheduling, safety and a congenial social atmosphere.²¹ As the members are all equal members of the cooperative, all of their views will be legitimate but it may not be possible to achieve consensus. The heterogeneous interests can make it costly and difficult to decide on the direction of the firm, as every decision requires bargaining among the members.²² If not remedied, the disagreements could boil over with the most productive members leaving ('brain drain').²³ Thus, while members will feel included in the decision-making process of the firm they work for, each decision could leave at least one member dissatisfied.

In stage 2, when new worker-members apply to join the cooperative there may be disputes between current members, about allowing new members to enter the cooperative, and between new members and old members once they have joined.²⁴ Old members may not want to take on new members as they could hamper future decision-making. It will also invariably exacerbate the problem of dividing tasks. While not working as efficiently nor partaking in necessary trainings nor embracing the cooperative's ethos, they will still have an equal say in management. This could materialise in fundamental disagreements over the direction the cooperative

21 Draft PECOL (May 2015), p. 25.

22 This is known as a 'collective choice problem'. See H. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press 1996.

23 Abramitzky's study of communes reveals that collective groups united by a 'social' ideology, like socialism, is more prone to brain drain than those unified by religious dogma. Hoffmann's comparative studies on loyalty to cooperatives indicate that the same logic could be applied to the relatively weak bonding effect of cooperative ideology. See R. Abramitzky, 'On the (Lack of) Stability of Communes: An Economic Perspective', in: RM McCleary (ed.), *The Oxford Handbook of the Economics of Religion*, Oxford: Oxford University Press 2012. This was also evident in the Mondragon Bookstore and Coffee House Collective mentioned in P Burrows, 'Parecon and Workers' Self-Management: Reflections on Winnipeg's Mondragon Bookstore and Coffee House Collective', C. Spannos, *Real Utopia: Participatory Society for the 21st Century*, Chico CA: AK Press 2008, p. 286.

24 Such conflicts emerged between old and new members of two Canadian media cooperatives. See G.C. Hunt, 'Division of Labour, Life Cycle and Democracy in a Worker Co-operative', *Economic and Industrial Democracy* 1992/13, p. 9-43.

should take. Some members may want to start a new line of furniture or move away from their 'artisanal' brand to a more commercial direction. This could lead to ill-will among all workers and production delays. This occurred with the growth of the Burley Design Cooperative,²⁵ Mondragon, and many other large-scale cooperatives.²⁶ While they will be sensitive to the fact that the cooperative provides everyone's livelihood, and they will be wary of imposing harsh sanctions,²⁷ some co-operators may feel more disinterested in the cooperatives' activities. By stage 3 of Co-op A's life cycle, hired employees have been taken on and a member-manager has been appointed. The challenge presented by this new organisational configuration is that the manager, for the duration of his tenure, has a monopoly of information regarding the daily operations of the cooperative and may have to be relied upon by other worker-members to resolve organisational problems. In turn, additional tensions may be generated by the hired employees who may feel unsure about their chances of obtaining membership of the cooperative.

The Emergence of Oligarchy

It is at around stage 4 that mature worker cooperatives begin to experience degeneration and suffer from two correlated, adverse trends: concentration of managerial power and a drop in worker motivation and active involvement in decision-making.²⁸ The examples of the Olympia Veneer Cooperative, the Nir Taxi

25 The Burley Design Cooperative was formed in 1978 to manufacture bicycle panniers (touring bags) and other accessories, with worker-members being granted equal voting power and share in the business in exchange for an initial investment of \$ 2500. Over a thirty-year period, Burley expanded considerably to include 100 worker-members and earned revenue of \$ 10 million per annum. While it tried to retain its participatory culture, new and old members clashed over what the core commitments of the cooperative should be. While some viewed democracy and social causes as being essential to the cooperative, others stressed financial performance and product diversification. For more information, see J. Schoening, 'The Rise and Fall of Burley Design Cooperative', *Oregon Historical Quarterly* 2010/111(3), p. 312-341.

26 J. Rotschild and J.A. Whitt, *The Cooperative Workplace: Potential Dilemmas of Organizational Democracy and Participation*, Cambridge University Press: Cambridge 1986, p. 96.

27 G.M. Gulati, TMT Isaac and W.A. Klein, 'When a Workers' Cooperative Works: The Case of Kerala Dinesh Beedi', *UCLA Law Review* 2002/49, p. 1417-1454, p. 1423.

28 This is in line with Meisters' view that as market values are embraced, representative democracy creates fissures between managers and members. See A Meister, 'Democratie et participation dans les associations volontaires', *Sociologie du Travail* 1961/3, p. 236-252; R. Michels, *Political Parties: A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy*, New York: The Free Press 1958; for a more contemporary example see Hernandez's study of Sociedad Cooperativa de Trabajadores Pascual (Pascual) in Mexico for an illustration of member apathy at a general meeting see S. Hernandez, 'Striving for Control: Democracy and Oligarchy at a Mexican Cooperative', *Economic and Industrial Democracy* 2006/27(1), p. 124-127.

Station²⁹ and many others indicate that, as with corporations, cooperatives have an oligarchic tendency, whereby a charismatic, elite group emerge over time and dominate the organisation. The need for technical expertise, leadership and quick decision-making may lead to certain members, especially managers, becoming entrenched in their positions. Appointment of the management by representative directors, and subsequent monitoring by them, should motivate management to act as effective stewards,³⁰ rather than in their own interests.³¹ However, directors elected by the membership will find it difficult to hold management accountable, as they will need to balance their representative function with their duty to ensure the strong performance of the cooperative as a business.³² This will be accentuated if the directors are laymen and lack the specialised skills possessed by the managers and do not have a unifying vision for the cooperative. At the same time, employees and newer members may feel emotionally indebted to upper management and older members and may become apathetic as a result of a cumbersome participation processes. This may engender feelings of indispensability and potentially allow management to exploit their dominant position to their personal advantage.³³ In some countries, these problems have been exacerbated by the spectre of corruption.³⁴

29 'Nir' Taxi Station (name changed to protect confidentiality) is a taxi cooperative in Tel Aviv, Israel that was established in 1931 with the ambition of providing the cleanest and most punctual taxi service in the country. Taxi drivers could become members of the station if they owned a taxi, possessed a public license to drive it and bought a share in the station for \$ 10,000. The number of members grew slowly over the years but from the late 1950s onwards, an increasing number were hired drivers, rather than full members. Darr found that 38% of the station's workforce were non-members, who either rented taxis from members for night shifts or rented the use public licenses. See A. Darr, 'Conflict and Conflict Resolution in a Cooperative: The Case of the Nir Taxi Station', *Human Relations* 1999/52(3), p. 283.

30 C. Cornforth, 'The Governance of Cooperatives and Mutual Associations: A Paradox Perspective', *Annals of Public and Cooperative Economics* 2004/75(1), p. 15.

31 Euwema discusses the impact that personality and management-style clashes can have on decisions to govern the company, strategize and allocate resources. See M.C. Euwema, 'Bemiddelingbijconflictenaan de top', *Ondernemingsrecht* 2016/2.

32 Sivertsen found co-operatives to be management driven rather than member-controlled. See S. Sivertsen, 'Governance Issues Seen From a Management Perspective', *Review of International Co-operation* 1996/89(4), p. 34-36, p. 35.

33 C. Cornforth, 'Patterns of Cooperative Management: Beyond the Degeneration Thesis', *Economic and Industrial Democracy* 1995/16, p. 490.

34 For examples of managerial corruption in Mexico and Tanzania respectively, see S. Hernandez, 'Striving for Control: Democracy and Oligarchy at a Mexican Cooperative', *Economic and Industrial Democracy* 2006/27(1), p. 117-118; A. Boekhold, *Measuring the State of the Primary Cooperative Societies*, Amsterdam/Moshi: Green Development Foundation/Kilimanjaro Native Cooperative Union, 2005 cited in L. Shaw, 'Discussion Paper: Overview of Corporate Governance Issues for Co-operatives', *Working Meeting on Corporate Governance and Co-operatives*, Global Corporate Governance Forum, London, 8 February 2007, p. 24.

Broadly speaking, the interrelated tensions that hamper democracy over the course of the cooperative's life cycle concern managerial opportunism, difficulty in building consensus, heeding minority voices and member apathy. It is arguable that such conflicts are part and parcel of a democratic workplace but they should be constructively managed.³⁵ If not, they can leave worker-members feeling alienated, confused, insecure and with a 'vague sense of loss'³⁶ regarding the transformation of the cooperative's identity. It may even lead the cooperative to no longer be a labour-managed firm.

4. Reviving Democracy and Self-Determination: A Holacratic Approach

In a large co-op, like Co-op A, the task of addressing minor grievances will fall on the management (and fellow members), major grievances will be processed by a grievance committee of the Board of Directors and substantial tensions, like managerial opportunism, extending membership and other governance issues will be deliberated upon by the General Assembly.

Some argue that as members are formally equal and experience feelings of 'ownership', they should feel empowered to raise their concerns and actively utilise the mechanisms available for them to do so in case of conflicts.³⁷ Hoffmann reasons that this occurs more often in non-hierarchical workplaces because members perceive greater 'procedural justice' in the system, as they have trust in the authorities³⁸ have equal standing with other disputants and believe they will receive non-discriminatory, neutral treatment.³⁹ If they feel that procedural justice exists in their cooperative, they will generally favour collective fairness over individual interests.⁴⁰ In relation to professional non-member management, it is generally suggested that management should receive cooperative education upon appointment to ensure that the cooperative identity is respected.⁴¹ However, it is

35 Z. Gamson and H. Levin, 'Obstacles to the Survival of Democratic Workplaces', in: R. Jackall and H. Levin (eds.), *Worker Cooperatives in America*, Berkeley: University of California 1984, p. 219-244, p. 235-236.

36 G.C. Hunt, 'Division of Labour, Life Cycle and Democracy in Worker Co-operatives', *Economic and Industrial Democracy* 1992/13, p. 35.

37 E.A. Hoffmann, 'Dispute Resolution in a Worker Cooperative: Formal Procedures and Procedural Justice', *Law & Society Review* 2005/39(1), p. 53-54.

38 A. Hyde, 'In Defense of Employee Ownership', *Chicago-Kent Law Review* 1991/67, p. 191-194.

39 T.R. Tyler and E.A. Lind, 'Procedural Justice', in: J. Sanders and V.L. Hamilton (eds.), *Handbook of Justice Research in Law*, New York: Kluwer Academic/Plenum Publishing 2000, p. 65-92 cited in E.A. Hoffmann, 'Confrontations and Compromise: Dispute Resolution at a Worker Cooperative Coal Mine', *Law & Social Inquiry* 2001/26(3), p. 560.

40 E.A. Hoffmann, 'Confrontations and Compromise: Dispute Resolution at a Worker Cooperative Coal Mine', *Law & Social Inquiry* 2001/26(3), p. 569.

41 See Section 2.5(8), Draft PECOL (May 2015).

important that co-operators are self-conscious about the potential for domination and to have a 'cycle of vigilance'⁴² to avert managerial opportunism. The cooperative could consider using role-reversal exercises or appointing external mediators that have a thorough understanding of group dynamics and thereby can help strengthen worker teams.⁴³ These are *post facto* remedies to an existing problem rather than a means to institutionalise democratic principles. A survey of the (empirical) research reveals that many cooperatives have sought to resolve tensions between members by establishing a scheme where management responsibilities are rotated⁴⁴ and training is provided on cooperative and participative values.⁴⁵ To avoid 'free rider' problems, rewards have been given to active participants and high-performing workers⁴⁶ and remuneration has been partially tied to individual and group performance, thereby requiring less managerial monitoring and more self- and mutual-monitoring.⁴⁷ To assert direct member control over management,

42 T. Lodahl and S. Mitchell, 'Drift in the Development of Innovative Organizations', in: J. Kimberly and R. Miles (eds.), *The Organizational Life Cycle*, San Francisco: Jossey Bass 1980.

43 See Euwema's suggestions on appointing specially-qualified mediators for conflicts among board members in M.C. Euwema, 'Bemiddelingbijconflictenaan de top', *Ondernemingsrecht* 2016/2. The ILO also suggests the use of mediation in internal disputes. See H. Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed. rev., Geneva: ILO 2012, Part 11. However, the Draft PECOL (May 2015) does not explicitly mention ADR for internal disputes.

44 Burrows suggests rotating both labour-intensive and managerial tasks, depending on industry. Otherwise the ones in more empowered positions will become more assertive. See P. Burrows, 'Parecon and Workers' Self-Management: Reflections on Winnipeg's Mondragon Bookstore and Coffee House Collective', in: C. Spannos, *Real Utopia: Participatory Society for the 21st Century*, Chico CA: AK Press 2008, p. 279, 280 and 283.

45 Formula Servizi, a large Italian worker cooperative that provides a range of high-quality services, gives potential members 2 years of training while Cooperative Muratori e Braccianti (CMB), a workers cooperative in the construction sector, gives bonuses on the basis of training participation. See M. Monaco and L. Pastorelli, 'Trade Unions and Worker Cooperatives in Europe: A Win-Win Relationship', *International Journal of Labour Research* 2013/5(2), p. 242-245. For this purpose, it may be necessary to build a training reserve fund, see ss. 3.4(2)(a), 3.4(8), 70, Draft PECOL (May 2015). In the future, such training may become increasingly digitalised. See I. Snaith, 'Virtual Co-operation: The Jurists' Role', available online at: <www.iansnaith.com/wp-content/blogs.dir/8/files/2013/02/Virtual-Co-operation.pdf> accessed 25 February 2016.

46 D. Hammer, 'Democratic Governance: The Design of Governance System for Worker Cooperatives', The ICA Group, p. 24.

47 The Kerala Dinesh Beedi cooperative has such a system in place. Crucially, mutual monitoring has been seen to improve the performance of those who fall behind in production and wages remained above the market average. See GM Gulati, TMT Isaac and WA Klein, 'When a Workers' Cooperative Works: The Case of Kerala Dinesh Beedi', *UCLA Law Review* 2002/49, p. 1439-1440. Though it is important to consider Dow's argument that certain free rider problems are inevitable, see GK Dow, *Governing the Firm: Workers' Control in Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 175. The beneficial impact of profit-sharing, group bonuses and penalties on 'total labour productivity' can be seen in D.C. Jones and T. Kato, 'The

Co-op A could follow the example of other cooperatives and enact organisational changes that require managers to take on certain operational tasks and regularly disseminate information regarding their activities.⁴⁸ In line with ubiquitous (but contested) corporate governance practices, they could establish 'advisory councils' or supervisory committees to enhance member oversight,⁴⁹ vote on director remuneration⁵⁰ and appoint independent, professional directors.⁵¹ These directors could be vetted by the supervisory committee, have maximum term times and not be allowed to stand for re-election.⁵²

However, the challenge is institutionalising these aforementioned practices in a cooperative's management structure. In our view, lessons could be learned from other social enterprises outside of the cooperative sector. One approach worth considering is the adoption of *Holacracy*TM as a governance system ('Holacracy') in

Productivity Effects of Employee Stock-Ownership Plans and Bonuses: Evidence from Japanese Panel Data', *The American Economic Review* 1995/85(2), p. 391-414; D.L. Kruse, *Profit Sharing: Does it Make a Difference?*, Kalamazoo, MI: W.E. Upjohn Institute for Employment Research 1993; S.B. Wadhvani and M. Wall, 'The Effects of Profit-Sharing on Employment, Wages, Stock Returns and Productivity: Evidence from UK Micro Data', *Economic Journal* 1990/100(399), p. 1-17; B. Holmstrom, 'Moral Hazard in Teams', *Bell Journal of Economics* 1982/13(2), p. 324-340.

- 48 Many scholars have attributed managerial entrenchment to the informational advantage they have. To be able to make informed democratic decisions, it is suggested that they are given ready, transparent access to information. See Section 2.6(1), Draft PECOL (May 2015). This could be done by summarising information in a newsletter, posting regular bulletins or establishing a website. Important governance documents should also be available in an easily accessible information file. See D. Hammer, 'Democratic Governance: The Design of Governance System for Worker Cooperatives', The ICA Group, p. 22-23, available online at: <<http://ica-group.org/product/democratic-governance-for-worker-co-ops/>> accessed on 23 February 2016.
- 49 The ILO suggests that cooperatives can have a permanent 'control unit', such as a supervisory or advisory council, to act on behalf of the members as a mini general assembly to exercise an effective and continuous monitoring of the Board of Directors and Management. For more see H. Henrý, *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed. rev., Geneva: ILO 2012, Part 5.1, 5.4
- 50 See Section 2.5(1), Draft PECOL (May 2015). The wage differential between average workers and average managers in many cooperatives is low and voted upon at the General Assembly. The Kerala Dinesh Beedi cooperative is an exceptional example of this as the Directors and Managers receive the same wage. See G.M. Gulati, TMT Isaac and W.A. Klein, 'When a Workers' Cooperative Works: The Case of Kerala Dinesh Beedi', *UCLA Law Review* 2002/49, p. 1443.
- 51 A social enterprise, the Day Chocolate Company, has the Kuapa Kokoo Chocolate Co-operative as a major shareholder and has NGO representatives and co-operators on its Board of Directors. See generally H. Henrý, *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed. rev., Geneva: ILO, 2012, Part 5.3.3. But also see s. 2.5(6), Draft PECOL (May 2015) which states that the majority of the Board has to be co-operators.
- 52 This was the practice in Pascual, a Mexican cooperative. To ensure continuity, however, only one tranche of directors retired in a given year. See S. Hernandez, 'Striving for Control: Democracy and Oligarchy at a Mexican Cooperative', *Economic and Industrial Democracy* 2006/27(1), p. 116.

worker cooperatives.⁵³ Holacracy is a managerial approach that distributes authority, decision-making powers and roles in an organisation in a different manner than conventional firms. Holacratic enterprises are not flat organisations but they comprise a number of roles that are bound together, like a Matroshka doll, in a ‘nest’ of circles. Its history dates back to the early years of the 21st century and grew out of the ‘sociocracy’, ‘agile software development’ and ‘lean’ movements, which prioritised self-organisation and delivering results with minimum managerial interference.⁵⁴ By giving ‘role-fillers’ complete authority over their domain, and not requiring consensus in all decisions, individuals have an incentive to be creative and leave their mark.⁵⁵ Most importantly, addressing governance gaps through regular meetings enables Holacracy to engage workers in the decision-making process and clarify the members, board and management’s role and responsibilities.⁵⁶ Participants in this organizational structure may feel more in control over issues that directly influence their work life. Its proponents, like the billion dollar online clothing retailer Zappos, valorise the system’s encouragement of self-help,

53 This derives from the term holarchy. According to Koestler, a holon is a ‘whole that is a part of a larger whole’ while holarchy is the ‘connection between these holons’. See A. Koestler, *The Ghost in the Machine*, New York: Macmillan 1968. Drawing inspiration from how nature organises itself (i.e. cells are a holon and they collective comprise an organ which is another holon, etc.), holarchies seek to ‘simultaneously honour autonomy and collaboration at every level of scale’. See HolacracyOne LLC, ‘Holacracy: Discover A Better Way of Working’, *Introductory White Paper*, p. 7, available online at: <www.holacracy.org/whitepaper> accessed on 23 February 2016; also see B.J. Robertson, *Holacracy: The New Management System for a Rapidly Changing World*, New York: Henry Holt and Company 2015, p. 38-39.

54 See B.J. Robertson, ‘History of Holacracy: The Discovery of an Evolutionary Algorithm’, *Holacracy Blog*, June 2014, available online at: <<https://blog.holacracy.org/history-of-holacracy-c7a8489f8eca#.s8v6k53wb>> accessed on 25 February 2016. The idea of teams as circles, elected representatives and structured decision making was inspired by Gerard Endenburg’s conception of sociocracy in the Netherlands in 1960s and 1970s. See, e.g., G. Endenburg, *Sociocracy as Social Design*, Delft: Eburon 1998; Holacracy is distinguished from sociocracy in the manner it distinguishes roles from persons and eschews a formal manager.

55 Art. 1.3, 1.4 and 2.1.2 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

56 The ICA Group’s guide on democratic governance suggests delineating decision-making in a cooperative pursuant to extensiveness, significance and grievability tests. See D. Hammer, ‘Democratic Governance: The Design of Governance System for Worker Cooperatives’, The ICA Group, p. 16-22; Also see C. Cornforth, ‘The Governance of Cooperatives and Mutual Associations: A Paradox Perspective’, *Annals of Public and Cooperative Economics* 2004/75(1), p. 11-32; C. Cornforth and C. Edwards, *Good Governance: Developing Effective Board-Management Relations in Public and Voluntary Organisations*, London: CIMA 1998; M.A. Harris, ‘Exploring the Role of Boards Using Total Activities Analysis’, *Nonprofit Management and Leadership* 1993/3(3), p. 269-282.

its transparency and agility and for being responsive to demands for a sustainable economy.⁵⁷

Holacracy and Co-op A

Its structure and potential to revive flagging democratic practices is best illustrated through the example of Co-op A. If the cooperative ratifies Holacracy's constitution ('Constitution') in its articles of association or bylaws, each worker will fill a role in the organisation. This role will have certain functions (its 'domain') that it is responsible for (its 'accountabilities') to fulfil the purpose of its team ('circle')⁵⁸ and organisation (as determined in the Constitution).⁵⁹ The role comes with the authority to control and regulate the domain that is connected to the role. Each 'role-filler' can establish role policies that describe how others may impact their domain. These policies have to be put forward in a forum that is convenient for those that are impacted by the domain and may not violate the policies of the circle. As a result the role-filler has considerable influence on the realisation of his/her tasks, without having the brand of uninhibited freedom that could harm the interest of involved parties and without a manager that (solely) decides how things should be done.

There can be many circles and different levels of circles may exist. A circle may have (a) sub-circle(s) thereby being a 'super-circle' in relation to the narrower circle. A driver, for example, could have a 'transport' role, with the accountability of transporting raw materials to the workplace on time. The role he or she fills would be part of the transport circle, along with other drivers and loaders, and the transport circle would be a sub-circle of the Co-op A super-circle 'logistics'. (For simplicity's sake, we identify only one sub-circle and super-circle relationship but there can be levels in-between).

There are, of course, multiple circles involved in the multi-faceted activities of the Co-op. One circle would be responsible for logistics, another for design, another for manufacturing and so on. Each circle would have a leading person called the 'lead link' who assigns roles, monitors individual suitability to fulfil a role, assess performance, strategizes and allocates resources.⁶⁰ Alongside this lead link role,

⁵⁷ B.J. Robertson, *Holacracy: The New Management System for a Rapidly Changing World*, New York: Henry Holt and Company 2015 p. 194; Holacracy One LLC, 'Holacracy: Discover A Better Way of Working', *Introductory White Paper*, p. 1.

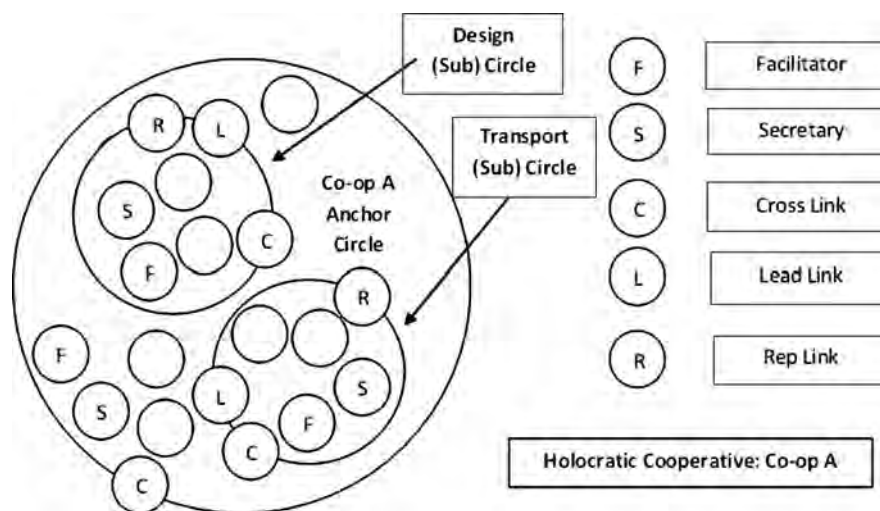
⁵⁸ Art. 2.1 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

⁵⁹ The 'Anchor Circle', the broadest circle in Holacracy, is responsible for defining the organisation's overall purpose. Art. 5.2.3 *Holacracy Constitution*, Version 4.1, states that '[t]he Purpose of the Organization is the deepest creative potential it can sustainably express in the word, given all of the constraints acting upon it and everything available to it. That includes its history, current capacities, available resources, Partners, characters, culture, business structure, brand market awareness and all other relevant resources or factors'.

⁶⁰ Art. 2.2.2 and Appendix A on p. 37, *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

each circle would have elected facilitator-, secretary- and rep- link roles to address governance challenges and effectively act as a check to the lead link's authority.⁶¹ The facilitator will ensure adherence to the organisation's process and constitution during meetings, the secretary will undertake administrative and record-keeping tasks of the circles, as well as constitutional interpretation, and the rep link will pass on concerns of the circle to broader circles and vice versa. In addition, there is scope for having 'cross links', representatives from external actors or from other circles, in a 'target' circle so as to play a policy-shaping role similar to skilled, independent directors.⁶² Any worker-member will be eligible for elections, which will, in turn, be organised on a regular basis.⁶³ 'Anchor circles', that have similar qualities to a board of directors, can either have a lead link or have a number of cross links from constituent circles and external actors.⁶⁴

Thus, a cooperative that adopts a Holacratic managerial structure can look something like this:



Although the anchor circle appoints the lead link, it should be noted that the lead link is not identical to a conventional firm or cooperative's manager. Managerial 'power', in terms of role(s) and accountabilities, may be distributed among the lead link, rep link, facilitator, secretary and the workers themselves,⁶⁵ rather than concentrated in one role. While the lead link is responsible for allocating roles and accountabilities,⁶⁶ the core circle members have the power to propose an amendment to the role of the lead link through the governance process discussed

⁶¹ Art. 2.5 and Appendix A on p. 37-38, *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

⁶² Art. 2.7, 2.7.3 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

⁶³ Art. 2.5.1, 2.5.2 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

⁶⁴ Art. 5.2.1-5.2.4 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

⁶⁵ See, e.g. Art. 1.1 Operating Agreement of Holacracy One, LLC for their definition of 'Manager'.

⁶⁶ Art. 2.4 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

below.⁶⁷ In our example, if the lead links' appointers at the anchor circle level – the cross links – are themselves elected by the workers pursuant to the articles of association or by laws of the cooperative, then accountability and ultimate direct member control is assured.

Thus, instead of a managerial 'hero' (or despot!), Holacracy requires, members to be hands-on in the governance of the organisation and trouble-shooting problems that may arise at its source.⁶⁸

The governance meeting

The model's Constitution acknowledges the 'tensions'⁶⁹ that arise in any workplace and provides for their resolution through well-coordinated meetings.⁷⁰ The governance meeting of a circle is premised on achieving workable solutions to tensions, rather than trying to achieve 'ideal' solutions that pleases everyone as that may be both time-consuming and impracticable.⁷¹ There is no quorum and no fixed agenda and those that do not attend are presumed to agree to the decisions made.⁷² Roles raise proposals for resolving tensions that they sense during their work, to which other core circle members can raise objections in a structured manner. There is initially a 'check-in round' for individuals to express their state of

67 Circle members can 'remove any accountabilities, domains, authorities or functions' of the lead link that may be necessary to improve the functioning of the circle and re-allocate such accountabilities, domains, authorities or functions to other roles. See Art. 2.2.3 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

68 Art. 3.5 *Holacracy Constitution*, Version 4.1; Stryjan and Weick were early proponents of employees being active participants in resolving governance conflicts, especially in labour-managed firms. Involvement is considered to be the most creative and positive way to handle conflicts. See Y. Stryjan, 'Understanding Cooperatives: The Reproduction Perspective', *Annals of Public and Cooperative Economics* 1994/65(1), p. 68-69, 76; K.E. Weick, *The Social Psychology of Organizing*, Reading, Mass.: Addison Wesley 1979.

69 Tensions being defined as the gap between real/current results and potential results. See Art. 1.2.1 *Holacracy Constitution*, Version 4.1. In the case of the transport sub circle, for example, this can range from clarifying which driver has to pick up a consignment of mahogany wood to creating new roles altogether.

70 Aside from governance meetings, there are also tactical meetings for circle member to keep abreast of different projects and move forward with new actions, meetings for strategy and inter-circle meetings for significant tensions that need to be addressed at a super circle or anchor circle level.

71 Hernandez, for instance, noted that meetings in the Pascual cooperative in Mexico lasted for 4-10 hours, where many members fell asleep and had to be coerced into attending under the threat of losing food coupons. This was because the members sought to discuss every issue, vote and achieve a consensus. See S. Hernandez, 'Striving for Control: Democracy and Oligarchy at a Mexican Cooperative', *Economic and Industrial Democracy* 2006/27(1), p. 122, 125.

72 Art. 3.3.2, 3.3.4 *Holacracy Constitution*, Version 4.1. However, core circle members are strongly encouraged to participate in meetings.

mind and a short ‘administrative concerns’ round to set a framework for the meeting. The facilitator then allows the members to very briefly raise the tensions they have noted as a means to build an agenda. These items are then considered in the order they have been expressed through ‘integrative decision making’,⁷³ with the member presenting their proposal for resolving a tension and the others being given an opportunity to ask for clarifications, suggest amendments and potentially raise objections from the perspective of the roles they fill. The facilitator ensures that everyone gets an opportunity to speak, but without allowing it to devolve into an open discussion. The facilitator also tests the reasonableness and validity of both proposals and objections,⁷⁴ in terms of whether it will harm the circle or push its activities backwards. If both are found to be valid, then a proposal will usually integrate the objections so far as it can still resolve the highlighted tension. This strikes a balance between listening to minority voices and considering majority concerns. If such a governance process is adopted in a cooperative’s managerial structure, co-operators can get through many agenda items in a brief period of time, address tensions and avoid the deadlock that can often arise when consensus is sought.⁷⁵

Holacracy and worker cooperatives

While Holacracy was developed with orthodox hierarchical organisations in mind, where workers do not have a (substantial) say in how the work is done or the overall direction the organisation takes, it provides a model that is flexible enough to extend to worker cooperatives.⁷⁶ This is because considerable discretion is left to the decisions of ratifying members and key decisions can be made at governance meetings. As it is simply an ‘operating system’ for an organisation, it allows for policies (e.g. compensation, dismissal) to be transitioned from the earlier form of organisation, as long as they are first adopted using the governance process.⁷⁷ Other important changes can also be made by the ratifying members. For instance, instead of only core circle members participating in the governance process, all worker-members can be entitled to participate, raise proposals and objections.

Though self-managing teams can already be found in some cooperatives,⁷⁸ Holacracy’s chief contribution may be the nudge it gives co-operators to rethink the scope of their roles, reconsider the manner in which they holds meetings and redefine the extent of managerial authority. By adopting the Holacracy constitution in a cooperative’s articles of association or bylaws, co-operators will entrench ‘partici-

73 Art. 3.3.5 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

74 Art. 3.2.3, 3.2.5 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

75 B.J. Robertson, *Holacracy: The New Management System for a Rapidly Changing World*, New York: Henry Holt and Company 2015, p. 25.

76 See the scope for amending the Constitution in Art. 5.5 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

77 Art. 5.5 *Holacracy Constitution*, Version 4.1.

78 See the management structures mentioned in Cooperatives UK, *The Worker Cooperative Code*, 2012.

patory consciousness⁷⁹ in practice, as it fosters a process of conscientization, confrontation, negotiation and settlement.⁸⁰ Moreover, creating interlocked circles mirrors the practice of large cooperatives like Mondragon that encourage their constituent cooperatives to splinter into subordinate sections or new sustaining ventures in a bid to retain workplace democracy and improve financial performance.⁸¹

Holacracy is still in its formative years and is not without its detractors. Some contend that it will only work in small, creative and fast-growing companies, rather than larger, orthodox firms.⁸² Whether this is true or not remains to be seen. However, worker cooperatives are not founded with the objective of replicating the practices and culture of conventional firms. Ultimately, worker cooperatives seek to create a workplace environment that cannot be found elsewhere⁸³ and are both 'nicer and better' than rival companies.⁸⁴ A holacratic cooperative could potentially create just such an environment – maybe in the next 25 years or so!

79 This is characterized by self-reliance, flexibility, the ability to notice trends, an attachment to working with others, a capacity to admit to errors and a willingness to learn. See P. Bernstein, *Workplace Democratization: Its Internal Dynamics*, New Brunswick: Transaction Books 1980, p. 93; R.J. Bernstein, *The Restructuring of Social and Political Theory*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1976.

80 See A. Curle, *Making Peace*, London: Tavistock 1971.

81 A. Guiterrez-Johnson, 'The Mondragon Model of Cooperative Enterprise: Considerations Concerning Its Success and Transferability', *Changing Work* 1984/1(1), p. 35-41. When writing about 'guilds', Marx also recommended that existing guilds could split up into subordinate sections or establish new guilds for the purpose of further dividing labour. See G-Z. Sun (ed.), *Readings in the Economics of Labor: The Classical Tradition*, 1st ed., World Scientific Publishing 2005, p. 186.

82 Schumpeter, 'The holes in holacracy', *The Economist* 5 July 2014.

83 See the committee established to plan 'fun' activities in the South Mountain Company (SMC), a well-established and prosperous architecture and building cooperative in Wisconsin, mentioned in Berner et al., 'Successful Cooperative Ownership Transitions: Case Studies on the Conversion of Privately Held Business to Worker Cooperatives', *Case Studies from the University of Wisconsin-Madison Center for Cooperatives*, March 2015, p. 11-12; also see E.A. Hoffmann, 'The Ironic Value of Loyalty: Dispute Resolution Strategies in Worker Cooperatives and Conventional Organizations', *Non-profit Management & Leadership* 2006/17(2), p. 165, 176.

84 Senior management of a labour-managed firm expressed such an intention. See J. Storey, I. Basterretxea and G. Salaman, 'Managing and Resisting "Degeneration" in Employee-Owned Businesses: A Comparative Study of Two Large Retailers in Spain and the United Kingdom', *Organization* 2014/21(5), p. 633.

TREFWOORDENREGISTER

Aanbestedingsautoriteit	154
Aanbestedingsrichtlijn	141, 142, 146, 154
Aanbestedingswet 2012	141, 142
Aansprakelijkheid voor dieren	61-64, 74
Aansprakelijkheid voor opstallen	61-64, 74
Aanvulling	157 e.v., 159 e.v.
Access to justice	363-365
ADR-richtlijn	403, 407, 408, 422, 423, 424
Algemene voorwaarden	343, 347, 349
Alternatieve geschilbeslechting	31
Ambtshalve (toetsing) van algemene voorwaarden	343, 347-350, 353-355
Appel	91
Arbiter(s) – benoeming van	183-186, 190
Arbiter(s) – voorzitter van	183-190
Arbitraal vonnis	253 e.v.
Arbitrage	95
Arbitration Act 1996	265-268, 269
Armoedebestrijding	43 e.v.
Art. 3:40 BW	323-342
Art. 7:658 en 7:611 BW	135
Art. 53 EVRM	105, 110
Art. 120 Grondwet	103, 107, 119-122, 124
Art. 94 Grondwet	103, 108, 113, 124
Art. 185 WvW	126, 127, 130, 131, 134, 135, 136
Bedrog	172
Beginselen van procesrecht	357-365
Bekwame tijd	176-177
Belangenconflict	141, 142, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152
Bepaaldheidsvereiste	457, 458, 461
Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	294-295, 299-303
Beperking	156-159
Beslagvrije voet	60 e.v.
Bestaande vordering	469, 470, 472, 473, 475, 476, 479, 484, 485, 487, 489
Bestemmingsplan	226
Bewijskracht	271, 272, 273, 277, 283, 285, 286, 287, 288, 289
Bewijslastverdeling	151, 152
Bewijsvermoeden (algemene voorwaarden)	343-344, 356

Bewijsvermoedens	240 e.v.
Bewijswaardering	276, 277, 278, 285, 286, 287, 288
Bezichtiging	185-186, 189-190
Bezit	293-294
Bijzondere curator	76-81, 85-90
Blooteigendom	313, 316, 319
Boetebeding	345, 348-350, 353-355
Canon	223 e.v.
Cassatie	191-194, 197-206, 208, 209, 231 e.v.
Chamberlain, Wilt	45
Comparitie	2, 4, 5, 6, 7, 8
Consument(-enrecht)	343-344, 347-348, 353-355
Contractsvrijheid	323-325
Contractuele regresvordering	368, 376
Contra proferentem-regel	236 e.v.
Crystallisation	464, 465, 466
Deelgeschil	31, 34-37
Devolutieve werking	98
Diefstal	292
Dissonanten en consonanten	28-29
Duurovereenkomst	429-431
Dwaling	171-172
Dworkin, Ronald	46
Eeuwigdurende erfpacht	223 e.v.
Effectenlease	211, 214, 215, 217, 221
Eigendom	292
Equality of arms	358-361
Erfpachtconversie	229
Ervaringsregel	191-194, 196, 198-209
Europees recht (secundair)	338-342
Europees Sociaal Handvest	44
Europese lijst (oneerlijke bedingen)	344-345, 348-355
EVRM	102-107, 109-110, 112, 114-118, 121-124
Executiegeschillen	95
Ex post controle	411, 416, 417, 421
Fair hearing	358-361
Fair trial	280
Feiten van algemene bekendheid	191-201, 203, 205, 207-209
Financial lease	211, 212, 214
Fixatiebeginsel	369
Fixed charge	461, 462, 463, 464, 465, 466

Floating charge	453, 454, 455, 456, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467
Fundamentele beginselen van procesrecht	253, 259-260, 263-264
Gemeenschap van goederen	68-74
Generieke zekerheid	454, 455, 456, 466, 467
Geschillencommissie(s)	402, 403, 406, 407, 408, 409, 416
Getuigenbewijs	271, 273, 274, 275, 287, 288, 289
Gids Proportionaliteit	143
Goede zeden	327, 328, 330, 331
Grijze lijst	343-344, 354-355
Grondrechten	102-103, 105, 107, 113-114, 123-124
Gronduitgifte	223 e.v.
Hangmatarrest	61-64, 73-74
Haviltex	232 e.v.
Herroeping	255, 257, 261, 262.
Holacracy	503-505, 507-509
Hoor en wederhoor	99, 243, 358-361
Hoorrecht	78-79, 81-82
Horen van deskundigen	185-187, 189-190
Horen van getuigen	185-187, 189-190
Horizontale werking (van Europees recht)	338-342
HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, (Esmilo/Mediq)	328-333
HR 11 december 2015, RvdW 2016/43 (Wav)	333-338
Huurkoop	212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221
Imagine-arrest	61-64, 69-74
Impartiality	361-363
Implied terms	160 e.v., 163 e.v., 165
Inbreukprocedure	153, 154
Incidenteel appel	93, 96
Innovatiepartnerschap	145
Jeugdbescherming	76, 79, 81-82, 84, 87-88, 90
Johann Sebastian Bach	24, 25, 27, 28
KEI	1, 21, 248-252
Klachtplicht	167-180
Koop	167-181
Koop op afbetaling	213, 214, 215, 216, 217, 218, 220

Kwalificatie (van een) overeenkomst	211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220
Kwalitatieve aansprakelijkheid	62, 65
Langstlevende	314, 316, 320
Leemte	156, 160, 164-165.
Leerling	425-451
Level playing field	148, 154
Managerial Opportunism	501-502
Margin of appreciation	106, 116
Marktconsultatie	141, 142, 143, 144, 145, 150
Matiging ex art. 6:109 BW	
Ratio	42 e.v.
Toepassing	58 e.v.
Maurice Ravel, Menuet Antique	28
Mededinging	146, 148, 149, 150, 151, 152
Mediationwetgeving	32-33, 39-40
Minderjarigen	75-90
Mondelinge behandeling	1, 4, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 17, 19, 21, 243-244, 249-252
Mondelinge behandeling/Zitting	185-189
Motivering	253 e.v.
Motiveringsklacht	191, 199, 204-209
Muziek en macht	25
Muziek en strijd	25-26
Muziek en recht	23-25
NAI (Nederlands Arbitrage Instituut)	183-186, 188-190
NAI Arbitragereglement	183-189
Nietigheid	325-326
Nozick, Robert	45
Onbenoemde overeenkomst	211, 212, 213, 218, 219
Onderscheid naar vermogen	49 e.v.
Onderwijs	425-451
Onderwijsovereenkomst	426, 427, 445-447
Ongeoorloofd novum	200
Ongerechtvaardigde verrijking	296-299
Onpartijdigheid rechter	361-363
Onrechtmatige daad	299-300
Ontstaansmoment (van een vordering)	370, 373, 376
Opeisbare vordering	470, 482
Openbare orde	259-260, 270, 323-325, 327, 328, 404, 405, 406, 407, 412, 413, 414, 415, 416, 421
Open norm	343, 345, 350-351, 353-354
Opschortende voorwaarde	469, 470, 471, 472, 473, 475, 476, 477, 479, 482, 485, 487

Opschorting	425, 427-432, 437-443, 445-450
Oral hearing	243
Oraliteitsbeginsel	1, 2, 8, 9, 17
Overwaarde-arrangement	367, 373, 374
Parental-Child Immunity-regel	384
Paritas creditorum	378, 459
Participatory Organisations	492-493, 499
Partijafpraak	377
Partijverklaring	277, 281, 284, 285, 286, 288
Persoonlijke verschijning van partijen	185-186
Plaatsopneming	185-186, 189-190
Pleidooi(en)	2, 3, 4, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 243-252
Pleiten	2, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 20, 21
Pleitnota	2, 4, 5, 6, 7, 10, 15, 17, 18, 19
Prejudiciële vraag	333-334
Prejudiciële vragen	401, 405, 413, 418, 419, 420, 421, 422, 424
Procedurele rechten	75-90
Procesovereenkomst	253 e.v.
Productenaansprakelijkheid	135
Proportionaliteit	428, 431, 436, 443
Pye/Verenigd Koninkrijk	303-304
Rawls, John	47
Rechtsbeschermingsrichtlijn	153
Rechtsklacht	192, 199, 202, 204-209
Rechtsverwerking	169, 174
Rechtsvinding	211, 212, 218, 219, 221, 231 e.v.
Redelijkheid en billijkheid	101-103, 107, 113-115, 118-124, 155-158, 179-180, 428, 430, 432, 437, 438, 440, 442
Regresvordering	367, 368
Revindicatie	294-295
Richtlijn oneerlijke bedingen	343-344, 351
Ring fenced fund	465
Risicoaansprakelijkheid	127-128, 130-132, 135, 138
Risicoaansprakelijkheid voor kinderen	385-394, 399
Risicoaanvaarding	386
Samenwerking	410, 423, 424
Schikking	20
Schorsing	425, 432-436, 437-443, 447-450
Self-Determination	493, 501
Shockschade	396-397

- Snijders, Henk 43, 48, 60
 Stedelijke erfpacht 223 e.v.
 Stelplicht en bewijslast 191, 196, 208, 209
 Stil pandrecht 378, 453, 454, 455, 458, 459, 462, 466, 467
 Subsidiariteit 105-106

 Technische dialoog 142, 145
 Toegang tot de rechter 363-365
 Toekomstige vordering 372, 373, 469, 470, 471, 473, 474, 477, 479, 480, 481, 489
 Toepassing van Europees recht 401, 402, 405, 411, 412, 413, 416, 417
 Toerekening en kinderen 385-394, 399
 Toetsingsverbod 107-108, 119
 Toezicht 141, 142, 152, 153, 154
 Tweewegenleer 225

 Uitleg 156, 158, 165, 232 e.v., 469, 479, 488, 489
 Uitsluitingsgrond 142, 151
 Uitsluitingsovereenkomst 255-257

 Vaststellingsovereenkomst en tenuitvoerlegging 31, 37-39
 Verrassingsbeslissing 195, 197, 198, 209
 Verdelende rechtvaardigheid 48 e.v.
 Verhoor van partijen 276, 277, 278
 Verkapt appel 94, 96
 Verkeersaansprakelijkheid 125 e.v.
 Verkeersverzekering 130, 132-133, 135, 137-139
 Verkrijgende verjaring 293
 Verlof tot ten uitvoerlegging/ exequatur 255, 257, 261-262, 270
 Vernietiging 412, 413, 414, 415, 416, 421
 Vernietiging arbitraal vonnis 253 e.v., m.n. 257
 Verteringsbevoegdheid 316-321
 Vervreemdingsbevoegdheid 315, 316, 317, 320
 Verzamelpandakte-constructie 453, 454, 455, 456, 457, 459, 460, 466, 467

 Voorwaardelijke verbintenis 472, 473, 474, 478, 480, 483
 Vordering onder opschortende voorwaarde 372
 Vorderingsrechten op naam 457, 458, 459, 466
 Vrucht 315
 Vruchtgebruik 313-321

 Wet arbeid vreemdelingen 333
 Wettelijke regresvordering 368, 376
 Wijzigingsbeding 345-346, 353-355
 Wolfgang Amadeus Mozart, Strijkkwartet in C 'Dissonanten' KV 465 28

Worker Cooperatives	491, 494, 499, 504, 508-509
Workplace Democracy	494, 501, 509
Zaaksvervanging	316
Zorgplicht financiële instelling	51 e.v.
Zorgvuldigheid	92

25

Een kwart eeuw

Een
kwart
PRIVAATRECHTELIJKE
eeuw
OPSTELLEN

AANGEBODEN AAN PROF. MR. H.J. SNIJDERS
TER GELEGENHEID VAN ZIJN EMERITAAT

www.wolterskluwer.nl



 Wolters Kluwer



 Wolters Kluwer