



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het proefschrift: De verkeersopvatting

Memelink, P.

Citation

Memelink, P. (2009). Het proefschrift: De verkeersopvatting. *Trema Tijdschrift Voor De Rechterlijke Macht*, (6), 250-251. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13874>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13874>

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

De verkeersopvatting

In deze nieuwe rubriek krijgt de auteur van een proefschrift de gelegenheid om uiteen te zetten welk belang het proefschrift heeft voor de rechtspraak (en waarom rechters het proefschrift moeten lezen!). Dit keer is dat mr. P. Memelink over haar proefschrift *De verkeersopvatting*.

P. Memelink

Diss. Leiden 2009, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009 (428 pagina's), ISBN 978-90-8974-056-4

DOOR PAULINE MEMELINK

Het achterhalen van verkeersopvattingen

Hebt u zich – in voorkomende gevallen – altijd al afgevraagd waar de geldende verkeersopvatting te achterhalen is? Het antwoord op de vraag hangt mede af van het uitgangspunt van de rechtsvinder. Beschouwt hij (m/v) verkeersopvattingen als feitelijke gegevens, dan ligt het voor de hand om een bewijsopdracht te geven, een deskundigenbericht te gelasten of een opinieonderzoek te laten verrichten, en zo de relevante verkeersopvatting in kleinere of grotere kring te achterhalen. Beschouwt de rechtsvinder verkeersopvattingen als een vorm van ongeschreven recht, dan ligt de hantering van rechtsvindingsmethoden voor de hand. Over het concept 'verkeersopvatting' verscheen begin februari 2009 mijn Leidse proefschrift, waarin ik een fundamentele keuze maak voor het tweede uitgangspunt.¹ Volgens mij verwijst het begrip 'verkeersopvatting' steeds naar ongeschreven recht, zoals ook bijvoorbeeld de begrippen 'maatschappelijke betamelijkheid', 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' en 'goede zeden' dat doen.

De invulling van open normen

Het achterhalen van de inhoud van dergelijke begrippen, die normen open en flexibel maken, is geen sinecure. Niet voor niets schrijft Nieuwenhuis: "Vraag niet hoe, maar het is er en het werkt: ongeschreven recht."²

In mijn onderzoek concludeer ik dat, ten aanzien van het achterhalen van verkeersopvattingen – en ander ongeschreven recht –, geldt wat wel wordt genoemd: 'methodenpluriformiteit'. Niet één methode komt in aanmerking, maar een veelvoud van rechtsvindingsmethoden en -technieken is van belang, die in het laatste hoofdstuk van het proefschrift worden besproken.³

Voor het achterhalen van de geldende verkeersopvatting blijkt het vooral van belang om rekening te houden met de context van de wet, de context van het specifieke geval en de context van de veranderende maatschappij. Aan de hand van voorbeelden bespreek ik in het kader van de wettelijke context het belang van bijvoorbeeld ratio en wetsgeschiedenis, de systematische rechtsvindingsmethode en de vraag of het adagium 'lex specialis derogat legi generali' opgaat voor verkeersopvattingen. De focus op het specifieke geval, met zijn kenmerkende feiten en omstandigheden, leidt tot bespreking van verschillende vormen van gevalsvergelijking, zoals subsumptie van het geval onder reeds bekende 'evidente verkeersopvattingen', het werken met rechterlijke precedentes, rechtsvinding aan de hand van een omstandigheden- of gezichtspuntencatalogus, en de vergelijking met hypothetische gevallen. De context van de veranderende maatschappij ten slotte, noopt tot voortdurende objectivering (is dit wat 'men' vindt?) en relativering (vindt 'men' dit nog steeds?) van verkeersopvattingen. Ook daarvoor worden enige praktische handvatten geboden.

Het motiveren van de beslissing

Op de – soms magere – motivering van uitspraken aan de hand van open normen is in het verleden kritiek gekomen.⁴ De rechterlijke uitspraak aan de hand van bijvoorbeeld de verkeersopvatting zou al snel verworden tot een machtswoord, een stoplap of een doodoener.⁵ In mijn proefschrift neem ik als uitgangspunt het zoeken naar een verkeersopvatting waarover brede 'consensus' bestaat. Verkeersopvattingen blijken echter vooral een rol te spelen in twijfelgevallen, waarin consensus over haar inhoud voorafgaand aan de beslissing veelal zal ontbreken. In die gevallen zal de rechter die zich genoodzaakt ziet om een knoop door te hakken, moeten kiezen voor de verkeersopvatting en beslissing die de grootste 'werkkracht' bezit. De rechter zal met andere woorden moeten streven naar consensus *achteraf*. Een goede motivering van de beslissing is daarvoor cruciaal, maar bij zo'n vaag begrip als de verkeersopvatting gemakkelijker gezegd dan gedaan.

Drie aanbevelingen voor de motivering

Mijn proefschrift bevat voor de motivering van beslissingen met

1 Hoofdstuk 3.

2 J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007, p. 5.

3 Hoofdstuk 7, in het bijzonder p. 310-358.

4 De felste kritiek op hantering van open normen in het algemeen en de magere motivering van beslissingen met behulp van open normen, werd geuit door J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg 1992), Deventer: Kluwer 1992.

5 Ik bespreek de nadelen van een begrip als de verkeersopvatting in par. 2.6.



behulp van de verkeersopvatting enkele aanbevelingen. Allereerst dient de rechter zich te realiseren dat verkeersopvattingen binnen één leerstuk bij verschillende vragen en op verschillende niveaus een rol kunnen spelen. Bij bestanddeelvorming is zij bijvoorbeeld zowel maatstaf voor beoordeling van de vraag of sprake is van zaakseenheid (art. 3:4 lid 1 BW), als bij de vraag welke van de oorspronkelijk zelfstandige zaken de hoofdzaak is (een vraag die vooral speelt in geval van twee roerende zaken, art. 5:14 lid 3 BW). Voor de motivering van de beslissing geldt dat in ieder geval duidelijk moet zijn welke (rechts)vraag aan de hand van de verkeersopvatting wordt beantwoord. De invulling van die opvatting kan en zal immers per vraag verschillen. Voor beantwoording van de vraag of sprake is van zaakseenheid zullen vooral de gezichtspunten uit het arrest *Dépex/Curatoren Bergel*⁶ van belang zijn, terwijl dat bij de tweede vraag – welke zaak is hoofdzaak – niet het geval is. De verschillende vragen die aan de hand van de verkeersopvatting worden beantwoord zullen in de motivering afzonderlijk geadresseerd – en gemotiveerd – moeten worden. Een tweede aanbeveling hangt samen met de observatie dat de verkeersopvatting steeds nauw verstrengd is met de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. De werfkracht van de beslissing wordt groter (en zij wordt beter controleerbaar in hogere instanties) naarmate de verkeersopvatting preciezer is geformuleerd en duidelijker is welke feiten en omstandigheden, gezichtspunten en subregels, relevant of doorslaggevend zijn geweest voor de beslissing. Anders gezegd, de gevonden verkeersopvatting zal steeds toegespitst – moeten – zijn op het concrete geval, zij moet *geconcretiseerd* worden. Een voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad de uitspraak van het hof vernietigde wegens een gebrek aan dergelijke concretisering, biedt de zaak *L.E. Beheer/Stijnman*.⁷ Het hof oordeelde in deze dwalingszaak dat het beroep op dwaling faalde omdat het op de weg van de dwalende partij (*L.E. Beheer*) had gelegen om onderzoek te doen, zodat – kennelijk – op haar wederpartij (*Vletter*, van wie *Stijnman* erfgenaam was) geen mededelingsplicht rustte. De Hoge Raad oordeelt:

“De onderdelen (...), klagen dat het Hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom op Vletter niet een mededelingsplicht rustte. De klacht treft doel. Het Hof heeft immers in de eerste plaats niet aangegeven van welke in het verkeer geldende opvattingen het bij zijn oordeel is uitgegaan. Het

Hof heeft voorts niet doen blijken dat het heeft gelet op de bijzonderheden van dit geval. Met name blijkt niet dat het Hof aandacht heeft besteed aan de stelling van L.E. Beheer dat zij in de gegeven omstandigheden – Vletter en Van Egmond kenden elkaar al jaren, werkten nauw samen en vertrouwden elkaar blindelings – geen aanleiding had nader onderzoek te doen naar of vragen te stellen over de inhoud van de stamrechtsovereenkomst.”

De boodschap van de Hoge Raad is duidelijk: wanneer de verkeersopvatting wordt gehanteerd, moet duidelijk zijn van welke verkeersopvatting de rechter uitgaat en moet hij die concretiseren met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval.⁸ Ten slotte dienen rechters naar mijn mening blij te geven van besef van de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting. Wat verkeersopvattingen betreft, zal nooit kunnen gelden het adagium: ‘Eens gevonden, blijft gevonden.’ De verkeersopvatting zal zich steeds aanpassen aan maatschappelijke ontwikkelingen in de breedste zin van het woord, hetgeen gevolgen heeft voor de precedentwaarde van eerder in rechte gevonden verkeersopvattingen. Werd in het Stafmateriaal-arrest⁹ nog geoordeeld dat sanitaire voorzieningen – behoudens het fonteintje in de wc – geen bestanddelen vormen van de onroerende zaak, tegenwoordig zal een dergelijke beslissing niet langer houdbaar zijn. Anders dan in de jaren vijftig wordt de vaste wastafel niet meer meeverhuisd naar de nieuwe woning. Hetzelfde kan gelden voor de – demontabele – keuken.¹⁰ De rechter zal kortom oude precedents tegen het licht moeten houden en moeten afzetten tegen de ontwikkelingen in de maatschappij. Rechters moeten zich vrij voelen om ‘om’ te gaan, indien zij kunnen motiveren dat die ontwikkelingen nopen tot een andere concretisering van de verkeersopvatting dan voorheen. Andersom volstaat een enkel woord in de motivering om aan te geven dat dergelijke ontwikkelingen zich niet hebben voorgedaan en een wijziging in de inhoud van een eerder gevonden verkeersopvatting niet rechtvaardigen.

Mr. P. Memelink is als universitair docent burgerlijk recht verbonden aan de Universiteit Leiden.

6 HR 15 november 1991, NJ 1993, 316, m.nt. WMK onder NJ 1993, 317.
7 HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559, m.nt. JH.

8 Overigens ben ik bepaald niet gecharmeerd van hantering van de verkeersopvatting ter invulling van de onderzoeks- en mededelingsplichten over en weer bij dwaling. Zie daarover nader mijn proefschrift, p. 152.
9 HR 11 december 1953, NJ 1954, 115, m.nt. JD.
10 Fiscale kamer HR 9 juli 2004, LJN AQ0130.