

DE VERKEERSOPVATTING

Pauline Memelink*

Pauline Memelink promoveerde op 5 februari 2009 aan de Universiteit Leiden op het proefschrift getiteld: *De verkeersopvatting*. Promotor was prof. mr. H.J. Snijders.

1 Inleiding

Wie rechten studeert of in de rechtspraak werkzaam is en zich bezig houdt met het burgerlijk recht, komt onvermijdelijk wel eens in aanraking met het begrip 'verkeersopvatting'. Verkeersopvattingen bepalen bijvoorbeeld welke onderdelen van een zaak daarvan bestanddeel zijn (art. 3:4 lid 1 BW), of iemand houder of bezitter is van een goed (art. 3:108 BW) en of een beroep op overmacht (art. 6:75) of dwaling (art. 6:228) wellicht mogelijk is.

Rondom verkeersopvattingen heerst nog veel onduidelijkheid. De wetgever heeft zich niet heel helder uitgelaten over de vraag *wat* wij onder verkeersopvattingen moeten verstaan, *hoe* of *wanneer* we dit begrip dienen te hanteren en *waar* we de inhoud van verkeersopvattingen kunnen achterhalen. Ik kan me voorstellen dat de gemiddelde student wel eens wanhopig wordt van zo'n onduidelijk begrip. Aan de andere kant weten studenten er tijdens tentamens soms goed raad mee. Regelmatig zie ik bij het nakijken een beroep op de verkeersopvatting als enig en kennelijk door de student afdoende geacht argument om een antwoord te beargumenteren: 'Het is zo, omdat de verkeersopvatting het zegt!'

De wetgever heeft zich niet heel helder uitgelaten over de vraag *wat* wij onder verkeersopvattingen moeten verstaan, *hoe* of *wanneer* we dit begrip dienen te hanteren en *waar* we de inhoud van verkeersopvattingen kunnen achterhalen

In de rechtspraak komt deze wijze van argumenteren eveneens voor.¹ Daarmee is het grootste probleem van werken met verkeersopvattingen

gegeven: het gevaar dat zij worden gehanteerd als machtswoord of doodoener en verworden tot een soort *toverformule*,² waarmee ieder gewenst resultaat beargumenteerd kan worden. Rechtsonzekerheid (hoe luidt de verkeersopvatting?) en willekeur (hantering van de verkeersopvatting als toverformule) liggen op de loer. Dat gevaar geldt overigens niet alleen bij verkeersopvattingen, maar ook bij andere open normen en begrippen zoals de redelijkheid en billijkheid.³ Het burgerlijk recht 'ritselt' van dergelijke open normen en onbepaalde begrippen, zoals verkeersopvattingen, goede zeden, redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke betamelijkheid. Het voordeel van open normen en onbepaalde begrippen is dat zij dusdanig algemeen en abstract geformuleerd zijn dat zij alle mogelijke (ook nieuwe) situaties omvatten. De wet regelt de materie met andere woorden uitputtend. Tegelijkertijd regelt de wet niets, want voor al deze begrippen geldt immers dat zij in concreto nadere invulling behoeven.⁴ Zo bepaalt artikel 6:2 lid 1 BW: 'Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.' Alleen, wat is in een concreet geval nu precies redelijk en billijk gedrag? En wie bepaalt dat? Op vergelijkbare wijze bepaalt bijvoorbeeld artikel 3:4 lid 1 BW: 'Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, is bestanddeel van die zaak.' Maar, hoe luidt die verkeersopvatting in het concrete geval? En wie bepaalt dat?

Het werken met verkeersopvattingen en andere open normen leidt kortom tot een probleem van rechtsvinding.

2 Opbouw van het proefschrift

Algemene theorievorming omtrent verkeersopvattingen ontbrak lange tijd vrijwel geheel.⁵ Met mijn onderzoek heb ik getracht die lacune op te vullen. Het doel was daarbij om de jurist rechtsvindingsmethoden aan te reiken voor het 'vinden' van de verkeersopvatting in concrete gevallen, en er zo aan bij te dragen dat dit begrip niet een 'leeg' machtswoord of doodoener, een toverformule, wordt.

Wie op zoek gaat naar methoden van rechtsvinding voor de invulling van een vaag begrip als de verkeersopvatting, doet er goed aan om allereerst wat duidelijke

* Mr. P. Memelink is universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. P. Memelink, *De verkeersopvatting* (Meijers-reeks deel 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

- 1 Nieuwenhuis noemt een dergelijk redenering 'het ten prooi vallen aan de verlokkingen van het apodictisch syllogisme', J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007, p. 82-83.
- 2 Zie daarover B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW A-20), Deventer: Kluwer 2007, nr. 25.
- 3 Deze werden al eens getypeerd als 'schaamlap'. Zie M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 410.
- 4 Reden waarom voor het vak burgerlijk recht de nodige arresten worden voorgeschreven.
- 5 Alleen de eerder genoemde monografie van Rogmans deed een poging in die richting.

lijkheid te scheppen omtrent de aard van dat begrip. In het proefschrift komen daarom achtereenvolgens de volgende onderwerpen voorbij: de voor- en nadelen van hantering van verkeersopvattingen (hoofdstuk 2), de vraag of het begrip verwijst naar een feitelijk gegeven of naar ongeschreven recht (hoofdstuk 3), de kenmerken van verkeersopvattingen (hoofdstuk 4), de verhouding van dit begrip tot aanverwante rechtsbegrippen, zoals bijvoorbeeld redelijkheid en billijkheid, in Nederland levende rechtsovertuigingen en gewoonterecht (hoofdstuk 5), en de functies van het begrip binnen ons rechtssysteem (hoofdstuk 6).

Algemene theorievorming omtrent verkeersopvattingen ontbrak lange tijd vrijwel geheel. Met mijn onderzoek heb ik getracht die lacune op te vullen

De eerste zes hoofdstukken pogen kortom vooral bij te dragen aan de begripsvorming en bieden een antwoord op de vraag wat verkeersopvattingen zijn en hoe en wanneer zij (dienen te) worden gehanteerd. In het laatste hoofdstuk staat vervolgens de vraag naar de rechtsvindingsmethoden centraal. *Waar of hoe* kunnen we de inhoud van concrete verkeersopvattingen achterhalen?

Het proefschrift kent dus vooral een theoretische inslag en gaat niet zozeer over de verschillende concrete verkeersopvattingen die in rechte gehanteerd worden.

3 Achtergrond

Het begrip verkeersopvattingen is vermoedelijk rond 1900 overgewaaid vanuit Duitsland. Daar was het al langer bekend in de literatuur.⁶ Frappant is echter dat onze Duitse burens gebruik van dit begrip nooit hebben willen propageren. Het is aldaar niet in het burgerlijk wetboek (*Bürgerliches Gesetzbuch*) te vinden en op de hantering van verkeersopvattingen voor de rechtsvinding wordt hier en daar stevige kritiek geleverd in de Duitse literatuur.⁷ E.M. Meijers, die goed op de hoogte was van de buitenlandse literatuur en het Duitse rechtssysteem,⁸ zag kennelijk geen onoverkomelijke bezwaren tegen hantering van het begrip en nam het in zijn ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek in meerdere artikelen op. Overigens vooral binnen die leerstukken waarbij ook de Duitse literatuur naar het begrip verwijst, zoals bestanddeelvorming, bezit en houderschap en dwaling.⁹

Het begrip verkeersopvattingen is vermoedelijk rond 1900 overgewaaid vanuit Duitsland. Frappant is echter dat onze Duitse burens gebruik van dit begrip nooit hebben willen propageren

Het begrip verkeersopvattingen is dan ook, in verschillende bewoordingen,¹⁰ sinds de invoering van ons – nieuwe – BW (in 1992) op tal van plaatsen in de wet te vinden.¹¹ Dat betekent echter niet dat het vóór haar invoering als wettelijke term in Nederland nieuw of onbekend was. Reeds in 1936 werd door de Hoge Raad een arrest gewezen waarin met zoveel woorden werd gerefereerd aan 'de opvattingen welke in het maatschappelijk verkeer (...) bestaan'.¹²

In dit *Sleepboot Egbertha*-arrest draaide het om de vraag of de motor van een schip door montage – met behulp van gemakkelijk los te schroeven bouten – bestanddeel was geworden van het schip. De motor werd verkocht door Stork en onder eigendomsvoorbehoud geleverd aan Van Gelderen, eigenaar van de *sleepboot*. De laatste verzuimde aan de (scheeps-) hypotheekhouder de aflossing en rente te betalen, waarna deze het schip in beslag nam en het openbaar dreigde te verkopen. Stork verzette zich tegen de openbare verkoop, beriep zich op haar eigendomsvoorbehoud en sprak de hypotheekhouder aan tot opheffing van het beslag en vergoeding van schade. De hypotheekhouder verweerde zich met de stelling dat de motor bestanddeel was geworden van het schip en dat de hypotheek alle bestanddelen omvatte, dus ook de motor.¹³ De Hoge Raad oordeelde dat:

'bij twijfel, of een voorwerp door verbinding een wezenlijk bestanddeel van een andere roerende zaak is geworden voor alles beteekenis moet worden toegekend aan de opvattingen, welke in het maatschappelijk verkeer omtrent die soort van roerende zaken bestaat, terwijl aan den afwijkenden wil van de betrokken personen in een bepaald geval geen beteekenis kan worden toegekend, nu het te doen is om de vaststelling van de zakenrechtelijke ten opzichte van een ieder intredende gevolgen van een dergelijke verbinding' (curs. PM)

De verkeersopvatting werd kortom doorslaggevend geacht, ongeacht of het onderdeel zonder beschadiging van de hoofdzaak kon worden gescheiden. De Hoge Raad merkte daaromtrent nog op dat met het voorschrijden van de techniek het aantal voorwerpen toeneemt die zonder schade 'uit elkander kunnen worden genomen'. Een aantal jaar later bleek dat hetzelfde gold bij de natrekking van zaken door een onroerende zaak (een fabrieksgebouw). Daarbij achtte de Hoge Raad een 'aard- en nagelvaste verbinding' evenmin noodzakelijk voor bestanddeelvorming en oordeelde hij de verkeersopvatting eveneens doorslaggevend.¹⁴

Niet alleen in het goederenrecht was de hantering van verkeersopvattingen lang en breed vóór de invoering van het nieuwe BW geaccepteerd. Hantering van het begrip in het verbintenissenrecht volgde snel daarna; voor het eerst met het wijzen van het beroemde arrest over de *kantharos* van Stevensweert.¹⁵ Daarin oordeelde de HR – kort gezegd – dat de dwaling van de verkoper omtrent de waarde van het door hem gevonden zilveren bekertje naar verkeersopvatting voor zijn rekening en risico diende te blijven.

Inmiddels spelen verkeersopvattingen een niet meer weg te denken rol binnen grote delen van ons vermogensrecht. Dat geldt niet alleen voor leerstukken waarbij de wet naar verkeersopvattingen verwijst (zoals bestanddeelvorming, bezit en houderschap, en toerekeningsvragen bij overmacht, dwaling en

6 Zo werd bij zijn bespreking van het leerstuk bezit reeds in 1868 door L. Goldschmidt verwezen naar *die Verkehrsanschauung*. Zie daarover Staudinger/Bund 2007, Vorbem 38 zu §§ 854 ff.

7 Zie bijvoorbeeld omtrent het gebruik van de verkeersopvatting binnen het bezitsleerstuk Münch Komm/Joost § 854, Rdnr. 4 en W. Ernst, *JuristenZeitung* 1988, p. 359 en W. Ernst, *Eigenbesitz und Mobiliarerwerb*, Tübingen: Mohr 1992, p. 41-44.

8 Zie daarover V.J.A. Sütö, *Nieuw vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, en passim, i.h.b. bijv. p. 80-81 en de slotconclusies.

9 Zie nader mijn proefschrift, p. 15-18.

10 Gebruikt worden de woorden: verkeersopvatting in enkelvoud (in het goederenrecht), verkeersopvattingen in meervoud (art. 3:76 BW) en in het verkeer geldende opvattingen (bij de toerekening van risico's in het verbintenissenrecht).

11 Het gaat om twaalf wetsartikelen. Zie voor een overzicht p. 2-3 van mijn proefschrift.

12 HR 26 maart 1936, *NJ* 1936, 757 (*Sleepboot Egbertha*), m.nt. PS, zie p. 1228 rechter kolom.

13 De regel dat het pand- en hypotheekrecht zich uitstrekt over alle bestanddelen van de zaak geldt nog steeds en is thans te vinden in art. 3:227 lid 2 BW.

14 HR 11 december 1953, *NJ* 1954, 115 (zie p. 228) (*Stafmateriaal*), m.nt. J. Drion. Het arrest werd eveneens geannoteerd door L.J. Hijmans van den Bergh in *AA* 1954, p. 106-114.

15 HR 19 juni 1959, *NJ* 1960, 59 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

onrechtmatige daad), maar ook bij leerstukken waarbinnen een wettelijke verwijzing ontbreekt. Zo spelen verkeersopvattingen bijvoorbeeld een rol bij de toerekening van eigen schuld¹⁶ en bij de schijn van vertegenwoordiging.¹⁷

Inmiddels spelen verkeersopvattingen een niet meer weg te denken rol binnen grote delen van ons vermogensrecht

4 Twee vraagpunten rondom verkeersopvattingen nader belicht

Van verkeersopvattingen en andere open normen en begrippen wordt wel gezegd dat zij een venster bieden op de maatschappij, of dat zij een poort zijn waardoor 'de maatschappelijke werkelijkheid' het recht kan binnenwandelen. Open normen en onbepaalde begrippen zouden kortom de spanning tussen enerzijds 'starre wettelijke regels' en anderzijds de 'dynamische werkelijkheid' moeten en kunnen verminderen. In theorie lijkt het gebruik van verkeersopvattingen zo een mooie manier om het recht steeds te laten aansluiten bij de maatschappelijke ontwikkelingen. Maar werkt het ook zo in de praktijk?

In het Sleepboot Egbertha-arrest zien we zo'n poging. De Hoge Raad merkt op dat steeds meer voorwerpen zonder noemenswaardige moeite door 'vaklieden' of zelfs niet-vaklieden uit elkaar gehaald kunnen worden. Hij acht daarom de verkeersopvatting doorslaggevend en beantwoordt vervolgens zelf de vraag of de motor van het schip daarvan bestanddeel is. Zijn antwoord is (geparafraseerd): Ja, de motor is op grond van de verkeersopvatting bestanddeel van het schip.

Van verkeersopvattingen en andere open normen en begrippen wordt wel gezegd dat zij een venster bieden op de maatschappij

Anders dan men zou verwachten, wekte die uitspraak grote beroering in de scheepvaartbranche. Kennelijk lag de 'gevonden opvatting' niet zonder meer voor de hand en vertolkte de uitspraak van de Hoge Raad niet per definitie de op dat moment 'in het verkeer levende opvatting'. Daarnaast leidde de uitspraak, tezamen met het enkele jaren later volgende Stafmateriaal-arrest, tot een nog altijd relevante discussie in de literatuur over de aard van het begrip verkeersopvatting. Gaat het om een feitelijke of een rechtsvraag, en wie is bevoegd om vast te stellen hoe de verkeersopvatting luidt?

Spanning tussen recht en maatschappij

Hoe komen we erachter hoe de verkeersopvatting luidt ten aanzien van een concrete situatie? Anders gezegd, hoe wordt spanning tussen het recht en de opvattingen in het maatschappelijk verkeer voorkomen?

De wetgever maakt aan dat probleem weinig woorden vuil. In de parlementaire geschiedenis wijdt hij hieraan alleen bij artikel 3:4 BW enige summier gedachten.¹⁸ De wetgever laat zich allereerst met enig enthousiasme uit over het begrip verkeersopvattingen. Hij merkt op dat de verkeersopvatting 'als het ware met de tijd meebeweegt', dat zij 'de rechter een grote vrijheid geeft maar hem tegelijkertijd voorschrijft waarop hij moet letten', dat de verkeersopvatting 'als maatstaf vanwege haar soepelheid juist bijzonder geschikt is' en dat het ontwerp in feite 'reeds oude jurisprudentie, die in de praktijk is beproefd en ook bevredigend werkt, vastlegt en voortzet'.¹⁹ Over het vinden van de verkeersopvatting merkt de wetgever op:²⁰

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

De wetgever gaat er kennelijk vanuit dat de rechter geen problemen zal ondervinden bij het vaststellen van de inhoud van de geldende opvatting in het maatschappelijk verkeer.

Hoe wordt spanning tussen het recht en de opvattingen in het maatschappelijk verkeer voorkomen?

Dat die aanname niet zonder meer juist is, blijkt alleen al uit de 'beproefde en bevredigende oude jurisprudentie' waaraan de wetgever refereert. Hij doelt daarmee op de standaardarresten inzake bestanddeelvorming: Sleepboot Egbertha en Stafmateriaal.²¹ Juist die arresten wekten echter grote beroering in de praktijk. In beide gevallen hanteerde de partij die de zaak onder eigendomsvoorbehoud leverde (de scheepsmotor resp. de installaties, leidingen en sanitaire voorzieningen) standaardcondities waarin er vanuit werd gegaan dat het eigendomsvoorbehoud dat op de geleverde zaken rustte *juist niet* werd doorbroken door natrekking. Groot was dan ook de schrik toen bleek dat de Hoge Raad anders oordeelde en meende dat de zaken bestanddeel waren van schip respectievelijk fabrieksgebouw, en het eigendomsvoorbehoud dientengevolge teniet was gegaan. De uitspraak in het Stafmateriaal-arrest ontlokte aan Gerbrandy de opmerking: 'Er is een zekere vervreemding tussen wat men in het bedrijfsleven normaal vindt en wat de rechter beslist'.²² Anders dan de wetgever in de parlementaire geschiedenis suggereert, was de oplossing van de rechter in de twee arresten niet zonneklaar en behelsde zij niet slechts een 'correcte weergave' van al in het maatschappelijk verkeer op dit punt levende opvattingen.

Dit probleem is niet iets van de eerste helft van de vorige eeuw, maar speelt nog steeds. Niet voor niets worden arresten waarin recht wordt gesproken

¹⁶ Zie voor een voorbeeld:

HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 (*Donkers/Scholten*) m.nt. CJHB.

¹⁷ Zie voor een recent voorbeeld: HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (*ING/Bera*).

¹⁸ M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 77-78. Zie daarover nader ook p. 84 en 93 van mijn proefschrift.

¹⁹ Alle citaten zijn te vinden in M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 77.

²⁰ M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78.

²¹ Het laatste arrest wordt door de wetgever met zoveel woorden genoemd.

²² S. Gerbrandy, 'Het verlies van bedrijfsmiddelen door de zogenaamde natrekking', *De N.V.*, jaargang 35, april 1957, p. 1. Zie over die spanning ook H.W. Heyman, 'De natrekkingscriteria naar huidig en toekomstig recht', *WPNR* (1974) 5270, p. 469 e.v. en mijn proefschrift, p. 123-124.

aan de hand van de verkeersopvatting met enige regelmaat nogal kritisch besproken in de literatuur. Zo viel bijvoorbeeld het arrest Spruijt/Tigchelaar, over overmacht bij een tekortkoming in de nakoming, een zeer kritische ontvangst in de literatuur ten deel.²³ Een recenter arrest ten aanzien waarvan getwijfeld wordt (en mijns inziens ook kan worden) aan de inhoud van de toepasselijke verkeersopvatting, is het arrest ING/Bera.²⁴ De ING-bank had als klant een onderneming, genaamd 'Bera Holding', waarvan de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder zich in Suriname bevond. Die bestuurder liet zich bij bezoeken aan de bank altijd vergezellen door een in Nederland werkzame persoon, die een aantal andere ondernemingen bestuurd (met eveneens 'Bera' in de naam). ING had vooral te maken met deze 'contactpersoon' in Nederland, die voor de transacties van Bera Holding niet tekenbevoegd was. Toen de contactpersoon verschillende transacties liet verrichten waarmee de bestuurder in Suriname het niet eens was, rees de vraag of sprake was van schijn van volmachtverlening en of die in casu naar verkeersopvatting aan Bera Holding moest worden toegerekend. Mocht ING vertrouwen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de contactpersoon of niet?²⁵ De verwijzingsrechter zal er nog een harde dobber aan krijgen en ook over dit arrest zal het laatste woord vermoedelijk nog niet geschreven zijn.

De oorzaak voor deze spanning tussen de in rechte gevonden verkeersopvattingen en de kennelijk in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen, is dat op de verkeersopvatting vooral een beroep wordt gedaan in twijfelgevallen.²⁶ De rechter ziet zich vaak genoodzaakt om aan de hand van verkeersopvattingen te oordelen, juist in die gevallen waarin andere gezichtspunten (zoals schuld of de wet) géén uitsluitend geven. De rechter wordt dus vooral teruggeworpen op de verkeersopvatting in 'moeilijke gevallen'. Maar juist in die moeilijke gevallen, waarvoor het recht geen pasklare oplossing biedt, is ook het achterhalen van de opvatting in het verkeer lastig. Soms bestaan er meerdere relevante opvattingen naast elkaar die elkaar tegenspreken, soms is de vraag zo juridisch-technisch van aard dat een eenduidige maatschappelijke opvatting omtrent de oplossing van het vraagstuk ontbreekt, en soms bestaat er binnen de relevante kring van personen wel een duidelijke opvatting, maar is die voor de jurist niet onmiddellijk kenbaar – want specialistisch – en dient deze eerst achterhaald te worden.²⁷

De oorzaak voor de spanning tussen de in rechte gevonden verkeersopvattingen en de kennelijk in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen, is dat op de verkeersopvatting vooral een beroep wordt gedaan in twijfelgevallen

Verkeersopvattingen: feit of recht?

Op het eerste gezicht lijkt het begrip 'verkeersopvatting' te verwijzen naar iets concreets, waarvan iedereen op de hoogte is en zo lijkt de wetgever het ook te hebben opgevat. Kortom, als een verwijzing naar feitelijk bestaande opvattingen, die eventueel door middel van een bewijsopdracht, een deskundigenbericht of een opinieonderzoek achterhaald zouden moeten kunnen worden. Dergelijke bewijsopdrachten en deskundigenberichten worden door de rechter echter zelden tot nooit gelast.²⁸ Vaak doet de rechter het geschil zelf af, en stelt hij vast hoe de verkeersopvatting – volgens hem – in concreto luidt.

Op het eerste gezicht lijkt het begrip 'verkeersopvatting' te verwijzen naar iets concreets, waarvan iedereen op de hoogte is en zo lijkt de wetgever het ook te hebben opgevat

Zoals eerder opgemerkt, beantwoordde de Hoge Raad bijvoorbeeld zelf in het Sleepboot Egbertha-arrest de vraag hoe de verkeersopvatting ten aanzien van de scheepsmotor luidde. Zo ook in het Stafmateriaal-arrest. Die gang van zaken bracht onder commentatoren een discussie op gang over de aard van het begrip verkeersopvattingen.²⁹ Is de verkeersopvatting een bloot feitelijk gegeven dat slechts behoeft te worden 'geconstateerd' door de lagere (feitelijke) rechter, of gaat het om 'recht' en mag de Hoge Raad zich dan ook uitlaten over de vraag hoe de verkeersopvatting luidt?

De controverse bestaat nog steeds en de aard van verkeersopvattingen is geen uitgemaakte zaak. In de literatuur zijn – met enige goede wil – drie stromingen te ontwaren, die in mijn proefschrift nader in kaart worden gebracht.³⁰ Er zijn auteurs die strikt vasthouden aan het feitelijke karakter van verkeersopvattingen. Daarnaast is er een stroming waarbinnen wordt gedacht dat de verkeersopvatting soms verwijst naar een feitelijk gegeven, en soms naar ongeschreven recht. De grens tussen beide mogelijke smaken wordt overigens door de betreffende auteurs op verschillende wijze getrokken. Ten slotte zijn er auteurs die menen dat het begrip steeds een verwijzing naar ongeschreven recht behelst.³¹

De discussie over de aard van verkeersopvattingen is geenszins afgerond en kreeg – tot mijn genoegen – onmiddellijk een vervolg in de literatuur

De discussie over de aard van verkeersopvattingen is geenszins afgerond en kreeg – tot mijn genoegen – onmiddellijk een vervolg in de literatuur, met de recensie van mijn proefschrift door Tjong Tjin Tai. Hij

23 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69. Zie met name de kritische noot van P. Abas, 'Wat komt – in de zin van art. 6:75 BW – naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de schuldenaar?', NTBR 1998/3, p. 85-87, en het commentaar van A.C. van Schaick op dit arrest in: 'Verkeersopvattingen in het goederenrecht', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 89-90.

24 HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115, besproken door: W.L. Valk, 'Redactioneel. Toedoen na ING/Bera', NTBR 2010/6, p. 187-188; H.P. Plas, 'Aanvaarding risicobeginsels bij schijn van volmachtverlening', Bb 2010, p. 65-67; B.M.M. van der Goes, 'Het beroep van een bank op de schijn van volmachtverlening', MvV 2010/4, p. 69-75 en S. Parijs, 'De schijn van volmachtverlening', JutD 2010-7, p. 11-13.

25 Deze korte beschrijving doet geen recht aan alle feiten en omstandigheden in het arrest. Zie daarover met name Van der Goes 2010, p. 72 e.v. en Parijs 2010, p. 13.

26 Zie daarover uitgebreider mijn proefschrift, p. 68-69.

27 Zie hierover uitgebreider in mijn proefschrift, p. 132-134.

28 Een uitzondering vormt HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 (*Radio Holland*), waarin aan deskundigen de vraag werd voorgelegd of navigatie- en telecommunicatieapparatuur en een reddingsboot bestanddeel waren van een schip. Dit deskundigenbericht werd echter in cassatie door de Hoge Raad niet doorslaggevend geacht. Zie hierover p. 93-95 van mijn proefschrift.

29 Zie bijv. de annotatoren P. Scholten (onder Sleepboot Egbertha, NJ 1936, 757) en J. Drion (onder Stafmateriaal, NJ 1954, 115) en de discussie tussen W. van der Meij en L.J. Hijmans van den Bergh in het NJB van 1954, p. 306-310.

30 Zie p. 98-108.

31 Ik behoor tot die laatste groep en onderbouw mijn mening in mijn proefschrift op p. 115-126.

is van mening dat de verkeersopvatting niet zozeer een 'opvatting omtrent behoren' behelst, maar een 'sociaal feit'.³² En dergelijke sociale feiten behelzen weer niet zonder meer ongeschreven recht, als dus Tjong Tjin Tai. Welke visie men ook aanhangt, het probleem van rechtsvinding blijft bestaan. Ongeacht of verkeersopvatting moet worden beschouwd als feitelijk gegeven, sociaal feit of ongeschreven recht, blijft het lastig om haar inhoud voor het concrete geval te achterhalen.

De Hoge Raad houdt zich wijselijk stil over de vraag of het bij de invulling van verkeersopvattingen gaat om feitelijke vragen dan wel rechtsvragen. Zo behoudt hij armslag om nu eens zelf invulling te geven aan de verkeersopvatting die in concreto geldt³³ en dan weer eens de lagere rechter de nodige beslissingsruimte te laten, al dan niet vergezeld van enige aanwijzingen, gezichtspunten of vuistregels voor de invulling van het begrip in concreto. Soms zijn die gezichtspunten of vuistregels tamelijk gemakkelijk uit het arrest te destilleren, zoals bijvoorbeeld in het arrest *Dépex/Curatoren Bergel*,³⁴ andere keren vergt het herkennen van dergelijke gezichtspunten de nodige studie, zoals bijvoorbeeld in het al aangestipte arrest *ING/Bera*. En soms volstaat de Hoge Raad simpelweg met oordelen dat een bepaalde verkeersopvatting volgens hem niet bestaat.³⁵

Een ding is zeker, wie wil werken met verkeersopvattingen zal zich moeten verdiepen in zowel de ontwikkelingen in de maatschappij als in de jurisprudentie

5 Tot slot: analyseren, argumenteren, motiveren

Een ding is zeker, wie wil werken met verkeersopvattingen zal zich moeten verdiepen in zowel de ontwikkelingen in de maatschappij als in de jurisprudentie. De rechter moet zich afvragen welke verkeersopvattingen hij kent met betrekking tot de aan hem voorgelegde vraag en of die opvatting vandaag de dag nog wel geldt. Anders dan in de jaren vijftig van de vorige eeuw kan hij bijvoorbeeld vandaag de dag niet meer zomaar concluderen dat de wastafel geen bestanddeel is van een doorsnee woonhuis.³⁶ Een wastafel is immers tegenwoordig

geen zeldzaam luxegoed meer, maar een gebruikelijk onderdeel van het huis; een woonhuis zonder sanitaire voorzieningen zal als 'incompleet' worden beschouwd.³⁷ De rechter zal kortom moeten proberen om het recht te laten aansluiten bij wat leeft in de maatschappij.

Voor zover die opvatting in de maatschappij niet zonneklaar is, moet hij de inhoud op de een of andere manier achterhalen. Door te kijken naar eerdere jurisprudentie en te bezien of die nog steeds gelding heeft en door bijvoorbeeld te toetsen aan eerder in de jurisprudentie geformuleerde vuistregels of gezichtspunten. Hij zal moeite moeten doen om de verkeersopvatting te beargumenteren en om zijn uitspraak te motiveren.

Dat dit zelfs na een uitspraak door de Hoge Raad niet altijd gemakkelijk is, blijkt uit de jurisprudentie die volgde op het arrest *ING/Bera*. Verschillende gerechten maakten inmiddels gretig gebruik van de mogelijkheid om op grond van de verkeersopvatting de schijn van volmachtverlening toe te rekenen aan de verschillende achtermannen.³⁸ Ze maken uitgebreid werk van het opsommen van de feiten en omstandigheden waaruit 'naar verkeersopvatting' zou blijken van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Van belang bleken bijvoorbeeld de hoedanigheid van een gesprekspartner (een wethouder³⁹), de wijze van inrichting van de onderneming,⁴⁰ de echtheid van een handtekening.⁴¹ De feiten worden uitgeplozen, zonodig wordt nader bewijs opgedragen en het geheel aan feiten en omstandigheden wordt gewogen, waarna een beargumenteerd oordeel volgt. Of die oordelen in cassatie stand kunnen houden en of zij zullen leiden tot nieuwe vuistregels en gezichtspunten kan alleen de toekomst leren.

Uitspraken waarin het recht wordt gevonden aan de hand van de verkeersopvatting bieden uitstekend oefenmateriaal voor beginnend juristen

Werken met verkeersopvattingen vergt met andere woorden juridisch handwerk: analyseren, argumenteren en motiveren. Wat dat betreft bieden uitspraken waarin het recht wordt gevonden aan de hand van de verkeersopvatting uitstekend oefenmateriaal voor beginnend juristen.

32 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De verkeersopvatting. Proefschrift van mr. P. Memelink', *MvV* 2010/1, p. 101-106, zie i.h.b. p. 103.

33 Zoals in de eerder genoemde arresten *Sleepboot Egbertha en Spruijt/Tigchelaar*, maar ook in een arrest als HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 (*Oerlemans/Driessen*) m.nt. JH, ook geannoteerd door T. Hartlief, *AA* december 2001, p. 982-989, AA20010982.

34 HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 m.nt. Jac. Hijma in *AA* 1992, p. 284-290 (AA19920284, ook te vinden in *Ars Aequi Libri Jurisprudentie Privaatrecht 1957-2009*, p. 40-45).

35 Bijv. in HR 28 februari 2003, *NJ* 2003, 272 (*Steiger-arrest*).

36 Zie Rb. Haarlem 27 januari 1948, *NJ* 1948 567 (*Mr. Brink q.q./Mulder*).

37 Hetzelfde geldt voor een woonhuis zonder keuken, zie: HR 9 juli 2004, LJN: AQ0130.

38 Zie bijv. Rb. Rotterdam 31 maart 2010, LJN: BM0994; Hof Amsterdam 6 april 2010, LJN: BM1231; Hof Arnhem 13 april 2010, LJN: BM0851 en Hof Den Bosch 22 juni 2010, LJN: BM9555.

39 Zie Hof Den Bosch 22 juni 2010, LJN: BM9555, r.o. 4.7.

40 Zie Hof Arnhem 13 april 2010, LJN: BM0851, r.o. 4.7.

41 Rb. Rotterdam 31 maart 2010, LJN: BM0994, r.o. 5.7-5.9.