Universiteit
Leiden
The Netherlands

Samenloop

Houben, I.S.J.; Jansen, K.J.O.; Memelink, P.; Nieuwenhuis, J.H.; Reurich, L.

Citation
Houben, I. S. J., Jansen, K. J. O., Memelink, P., Nieuwenhuis, J. H., & Reurich, L. (2007). *Samenloop* (Vol. 23). Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/36801

Version: Not Applicable (or Unknown)
License:
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/36801

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

Samenloop

Samenloop

I.S.J. HOUBEN, K.J.O. JANSEN, P. MEMELINK,
J.H. NIEUWENHUIS & L. REURICH
(red.)

met bijdragen van:

H.S.J. Albers
M. den Besten
C.H. Bezemer
M.B. de Boer
A.G. Castermans
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy
J.M. Hebly
I.S.J. Houben
K.J.O. Jansen
J.F.M. Janssen
P.A.C.E. van der Kooij
H.B. Krans
J. Nijland
M.V. Polak
E.-J. Zippro
W.J. Zwalve

Deventer – Kluwer – 2007

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

© 2007 Houben, Jansen, Memelink, Nieuwenhuis & Reurich

Kluwer, Deventer

ISBN 978-90-13-05033-2
NUR 822-201

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave 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 uitgever.

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

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF VII

DEEL I – SAMENLOOP: BEGRIPSVORMING EN ALGEMENE BESCHOUWINGEN 1

1 Wanneer is sprake van samenloop?
J.F.M. Janssen 3

2 Exclusiviteit
I.S.J. Houben 25

3 Samenloop van rechtsvorderingen: geboorte, jeugdjaren en volwassenheid van een leerstuk
C.H. Bezemer 43

DEEL II – SAMENLOOP VAN WETSBEPALINGEN IN HET BW 55

4 Papinianus of Modestinus? Over de curieuze achtergronden van een curieus geval van samenloop
W.J. Zwalve 57

5 Samenloop van bijzondere overeenkomsten
A.G. Castermans & H.B. Krans 77

6 Samenloop van artikel 7:611 en artikel 7:658 BW
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy 89

7 Opdracht en het Wetsvoorstel Personenvennootschappen; samenloop?
J. Nijland 109

DEEL III – OVERIGE GEVALLEN VAN SAMENLOOP IN HET CIVIELRECHT 127

8 Contract, delict en ipr
M.V. Polak 129

9 Samenloop van beroepstermijnen in het aanbestedingsrecht
H.S.J. Albers & J.M. Hebly 149

10 Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid. Over de exclusieve aansprakelijkheid van bepaalde personen, mede in het licht van de toezichthoudersproblematiek
K.J.O. Jansen 165

11 Het *passing-on* verweer; samenloop van directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding
E.-J. Zippro 187

DEEL IV – HET SAMENLOOPPROBLEEM IN BREDER VERBAND 209

12 Samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht
M. den Besten 211

13 Samenloop faillissement, surseance van betaling en schuldsanering
M.B. de Boer 239

14 Samenloop van auteurs- en modellenrechtelijke vorderingen
P.A.C.E. van der Kooij 261

Woord vooraf

Samenloop is een veelomvattend juridisch thema, dat zich vanuit diverse invalshoeken laat benaderen. De redactie heeft in dit verband niet willen kiezen voor één bepaalde optiek, maar heeft de auteurs welbewust de vrijheid gelaten om zelf stelling te nemen. Niet alleen 'klassieke' gevallen van samenloop, maar ook grensgevallen komen aan de orde. Het resultaat is een bundel die een treffend beeld geeft van de diversiteit van het thema.

Samenloop is een probleem van rechtsvinding. Centraal staat steeds de vraag naar de voorrang van of de beste keuze tussen de toepasbare regels of regelstelsels. De diversiteit van de bijdragen maakt duidelijk dat samenloop geen begrip is dat zich op voorhand afgebakend aandient, maar een verschijnsel dat zich op allerlei rechtsgebieden en in verschillende verschijningsvormen manifesteert. 'Samenloop' fungeert echter wel degelijk als overkoepelend begrip voor gelijksoortige vraagstukken van rechtsvinding.

Voorzover men zou menen dat samenloop bovenal een theoretisch vraagstuk is, dat in de praktijk weinig problemen veroorzaakt, wordt die indruk door de bijdragen in deze bundel gelogenstraft. Deze werpen concrete vragen op, waartoe samenloop in de praktijk aanleiding geeft. Ook het feit dat tijdens de werkzaamheden aan deze bundel maar liefst drie principiële arresten van de Hoge Raad over samenloop verschenen,[1] bevestigt de gedachte dat het hier niet louter een academische denkoefening betreft.

In 2003 verscheen de Leidse bundel *Coherente instrumenten in het contractenrecht*,[2] waarin de vraag naar de verhouding tussen verschillende contractuele rechtsmiddelen centraal stond. De onderhavige bundel vormt daarvan in zoverre een voortzetting, dat ook in deze bundel de eenheid van recht een belangrijke rol speelt.[3] Samenloop laat zich immers vooral beschouwen als een probleem van wetssystematiek, zoals bijvoorbeeld de bijdragen van Zwalve, Castermans & Krans en Nijland illustreren. Toch is in dit verband

---

1 Zie HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62 (over samenloop van art. 3:196 en art. 6:162 BW), HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer (over samenloop van art. 2:9 resp. 7:661 en art. 6:162 BW) en HR 15 juni 2007, *RvdW* 2007, 581 (over samenloop van art. 8:1002 en art. 6:162 BW).

2 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

3 Vgl. daarover eerder reeds: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich & G.J.M. Verburg (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BWKJ 23, Deventer: Kluwer 2005.

ook een andere benadering denkbaar. Het begrip samenloop laat zich namelijk ook vertalen in de vraag in hoeverre eiser, in het licht van de belangen van gedaagde, de vrijheid heeft om te kiezen voor een bepaalde hem door de wet aangereikte rechtsvordering.[4] Deze benadering komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de bijdragen van Delfos-Roy en Jansen.

Deel I van deze bundel bestaat uit algemene beschouwingen, waarin het begrip samenloop dogmatisch wordt geanalyseerd. Allereerst neemt *Janssen* de definitie van het begrip samenloop nader onder de loep. Hij beziet wat de grondbeginselen zijn van gevallen van samenloop, inventariseert wanneer juist wel en wanneer niet van samenloop gesproken zou moeten worden en komt tot een striktere definitie van dit begrip dan algemeen gebruikelijk is. *Houben* bespreekt vervolgens twee categorieën van exclusiviteit. In de eerste categorie werkt een vordering exclusief ten opzichte van een andere vordering, terwijl in de tweede categorie het resultaat, het rechtsgevolg, exclusief is. Deze indeling levert volgens haar een verduidelijking op van het beslismodel dat moet worden gevolgd om exclusieve werking al dan niet aan te nemen. Tevens wordt hierdoor verduidelijkt dat begrippen als reflexwerking en analoge toepassing van wetsbepalingen op verschillende wijzen worden gebruikt, zowel voor gevallen die wel samenloop behelzen als voor gevallen waarin juist geen sprake is van samenloop. De bijdrage van *Bezemer* voegt aan deze algemene beschouwingen de historische achtergronden van het leerstuk samenloop toe. Hij laat zien dat samenloop als juridisch probleem eerst ontstond door de opkomst van de tot leerstukken leidende 'ordeningsbehoefte' van de middeleeuwse Glossatoren. Op basis van zijn historische analyse concludeert Bezemer dat de materieelrechtelijke benadering van samenloop, zoals geformuleerd door enkele 13e-eeuwse juristen, in haar essentie nog altijd door de Hoge Raad wordt aangehangen.

Deel II bevat bijdragen over concrete gevallen van samenloop van wetsbepalingen in het Burgerlijk Wetboek. *Zwalve* illustreert in zijn rechtshistorische beschouwing hoe twee – met elkaar onverenigbare – artikelen (art. 6:10 en 6:12 BW) in ons wetboek konden belanden en waarom verhaal door een hoofdelijke schuldenaar op de andere schuldenaren, voor wie hij mede heeft betaald, niet krachtens subrogatie zou moeten plaatsvinden. Hij bepleit de afschaffing van art. 6:12 BW. *Castermans & Krans* behandelen de samenloop van bijzondere overeenkomsten uit boek 7 BW. In het bijzonder gaan zij in op de vraag of het voor deze vorm van samenloop bedoelde art. 6:215 BW ook van toepassing is op de samenloop van verschillende bijzondere overeenkomsten uit één titel, zoals opdracht, lastgeving, bemiddeling en agentuur, alle geregeld in titel 7.7 BW. *Delfos-Roy* bespreekt de vraag in hoeverre aansprakelijkheid van de werkgever bestaat voor schade van de werknemer in die gevallen waarin de werkgever *geen* zeggenschap had over de bezigheden van zijn werknemer. Welk

4 Aldus J.H. Nieuwenhuis, 'They still rule us from their graves', *WPNR* 2007 (6693), p. 3.

soort gevallen rechtvaardigt desondanks aansprakelijkheid voor de schade op grond van art. 7:611 BW, en hoe verhouden deze gevallen en hun rechtsgevolgen zich tot de gevallen die door art. 7:658 BW worden bestreken? *Nijland* onderzoekt de samenloop van de aansprakelijkheidsregeling bij de overeenkomst van opdracht (art. 7:407 lid 2 BW) met de bestaande aansprakelijkheidsregeling van de maatschap (art. 7A:1680 BW) en de beoogde nieuwe regeling in het wetsvoorstel Personenvennootschappen (art. 7:813 ontwerp BW). Geldt voor de huidige maatschap nog dat de maten van een maatschap slechts (kwalitatief) aansprakelijk zijn voor gelijke delen, in de nieuwe regeling wordt hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten voor het geheel beoogd, met dien verstande dat vennoten van de openbare vennootschap zich voor niet-persoonlijke aansprakelijkheid kunnen disculperen. Voor vennoten van een stille vennootschap geldt een dergelijke disculpatiemogelijkheid echter niet, zulks volgens Nijland ten onrechte.

Deel III van deze bundel ziet op overige gevallen van civielrechtelijke samenloop. *Polak* onderzoekt hoe het IPR omgaat met samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen. Volgens Polak creëert het IPR zijn eigen problemen van samenloop. De grofmazige systematiek van het IPR brengt mee dat de kwalificatie van een geding als contractueel dan wel delictueel van aard, verreikende gevolgen kan hebben voor kwesties van rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht. *Albers & Hebly* onderzoeken de samenloop van beroepstermijnen in het aanbestedingsrecht. Daarbij gaat het enerzijds om de zogenaamde Alcatel termijn van 15 dagen, die aanbestedende diensten moeten aanhouden voordat zij tot definitieve gunning mogen overgaan, en anderzijds om de algemene vervaltermijnen zoals die kunnen voortvloeien uit de wet of uit het toepasselijke aanbestedingsreglement. Op basis van hun beschouwingen komen Albers & Hebly tot een onderscheiding van vier situaties voor wat betreft de mogelijkheden voor een eiser die nog wil proberen de opdracht te verwerven of schadevergoeding te verkrijgen. Zij concluderen dat een eiser bijzonder alert moet zijn op de verschillende vervaltermijnen voor het instellen van zijn beroepsprocedure en het formuleren van zijn eisen. *Jansen* richt zich in zijn bijdrage op de samenloop van aansprakelijkheden van verschillende personen. Hoewel hoofdelijkheid daarbij als uitgangspunt voorop staat (art. 6:102 BW), betoogt Jansen dat onder omstandigheden uitzonderingen denkbaar zijn, in die zin dat een 'exclusieve' aansprakelijkheid van bepaalde personen moet worden aangenomen. Ter illustratie bespreekt Jansen diverse gevallen van kanalisering van risicoaansprakelijkheid in het BW. Hij werpt vervolgens de vraag op of de door de wetgever voor kanalisering gebruikte argumenten ook in de rechtszaal relevant kunnen zijn, en wel in het bijzonder voor de problematiek van de toezichthoudersaansprakelijkheid. De bijdrage van *Zippro* vormt in zekere zin het spiegelbeeld van de bijdrage van Jansen. Waar Jansen schrijft over de samenloop van vorderingen tegen verschillende daders, behandelt Zippro de samenloop van vorderingen van verschillende benadeelden. Hij schrijft over de vorderingen

die door verscheidene gedupeerden kunnen worden ingesteld jegens de onderneming die een inbreuk maakt op het mededingingsrecht en daardoor schade veroorzaakt. Zippro gaat vooral in op de vraag of in geval van schending van het mededingingsrecht de laedens een beroep zou moeten kunnen doen op het *passing-on* verweer: het verweer dat de gedupeerde afnemer geen schade heeft geleden omdat deze de hogere prijs die het gevolg is van de inbreuk op het mededingingsrecht heeft doorberekend aan zijn afnemers.

Deel IV bevat bijdragen over het samenloopprobleem in breder verband. *Den Besten* behandelt de samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht. De partij die een voorlopige voorziening wenst, heeft in bepaalde gevallen de keuze tussen de kortgedingprocedure en de provisionele vordering ex art. 223 Rv. Welke rechtsingang kan hij in een voorkomend geval het beste kiezen? *De Boer* behandelt een vorm van samenloop waarbij het niet zozeer om samenlopende wetsbepalingen, als wel om samenlopende wettelijke constructies gaat. Haar onderzoek richt zich op de samenloop van faillissement, surseance van betaling en schuldsanering. Zij schetst dat het hoofddoel van de schuldsaneringsregeling – een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen, de mogelijkheid van een schone lei te bieden – het primaat van de schuldsaneringsregeling boven faillissement meebrengt. Maar ook indien een schuldenaar voor surseance van betaling kiest en aldus zijn financiële problemen wil proberen te overwinnen, heeft hij nog de mogelijkheid om terug te vallen op de schuldsaneringsregeling, en kan hij aldus een faillissement met alle gevolgen van dien voorkomen, aldus De Boer. *Van der Kooij* schrijft over de samenloop van vorderingen gebaseerd op respectievelijk het auteursrecht en het modellenrecht. Voor auteursrechtelijke bescherming is, kort gezegd, een 'eigen, oorspronkelijk karakter' noodzakelijk; het modellenrecht eist sinds enige tijd een 'eigen karakter'. Hij gaat in op de vraag of er een inhoudelijk verschil bestaat tussen deze twee criteria. Als het antwoord daarop ontkennend luidt, vervalt immers de noodzaak om in rechte op beide een beroep te doen, en is een auteursrechtelijke claim in veruit de meeste gevallen het aantrekkelijkst. Hij komt op basis van Nederlandse rechtspraak uit de laatste drie jaren tot de conclusie dat de rechter vrijwel nooit een duidelijk onderscheid tussen auteurs- en modellenrecht maakt, in gevallen betreffende de uiterlijke verschijningsvorm van één en hetzelfde voortbrengsel. Vooralsnog ziet het er niet naar uit, aldus Van der Kooij, dat een beroep op modellenrechtelijke bescherming, naast een beroep op het auteursrecht, zelfstandige betekenis heeft.

De redactie *Leiden, najaar 2007*

DEEL I

Samenloop: begripsvorming en algemene beschouwingen

1 Wanneer is sprake van samenloop?

J.F.M. Janssen▪

1 INLEIDING

> 'Vragen van samenloop bestaan eigenlijk niet. Het zijn interpretatieve vragen onder een duur etiket. Eigenlijk zou het woord "samenloop" uit ons juridisch jargon dienen te verdwijnen.'

De uitspraak is van Schoordijk.[1] Voor wie zich zet aan een bijdrage aan een boek waarin samenloop het centrale thema is, is dit oordeel niet de spreekwoordelijke domper, maar juist een opsteker, immers de uitdaging die de inspiratiebron is voor menig auteur. Opruimen is soms nodig, maar niet weinigen zullen de ervaring kennen van een schoonmaakwoede te moeten bekopen met de spijt van een te vroeg genomen afscheid van de gedumpte zaken.

Kern van de kritiek van Schoordijk is dat samenloop het bestaan van *contraire* normen veronderstelt en dat dit een ongerijmdheid is. Naar zijn oordeel mag één feit, vanuit één gezichtshoek benaderd, nooit tot toepasselijkheid van contraire normen voeren.

Los van de constatering dat samenloop niet altijd gaat over rechts*normen*, noch in alle gevallen uitleg verlangt en ook niet steeds tot contraire resultaten voert – ik noem als voorbeelden de toepasselijkheid van verschillende verjaringsregels met een gelijke termijn,[2] het kwalificeren van een zaak als bestanddeel van een andere zaak op verschillende gronden, het tenietgegaan van een recht als gevolg van de werking van verschillende rechtsregels of procedurele samenloop – miskent hij dat het recht met enige regelmaat aan de justitiabele verschillende opties toekent die elkaar soms uitsluiten. Zo kan een schuldeiser kiezen voor ontbinding, maar ook voor nakoming.

Niet ieder geval waarin verschillende rechtsregels van toepassing zijn, is een geval van samenloop. Samenloop is een verschijnsel met vele gezichten. Om deze reden is het zaak zijn karakteristieken en aan de hand hiervan zijn begrenzing vast te stellen (nr. 3). Hieraan vooraf gaat een beschouwing over

---

▪ J.F.M. Janssen is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1979, p. 58 overlopend naar p. 59.

2 Zie art. 3:52 BW en HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (Baarn/Gem. Sluis).

de grondbeginselen van samenloop (nr. 2). In nr. 4 wordt het betoog in enkele zinnen samengevat en worden conclusies getrokken.

2 GRONDBEGINSELEN VAN DE SAMENLOOP

2.1 Preliminaire observaties

De voor samenloop karakteristieke situatie, dat verschillende rechtsregels tegelijk van toepassing zijn op één feit(encomplex), leidt tot de volgende categorieën gevallen. De toepasselijke rechtsregels:

a leiden tot (min of meer) hetzelfde resultaat ook al verschilt de juridische techniek. Zo zal ontbinding wegens wanprestatie of vernietiging van een koopovereenkomst wegens dwaling doorgaans tot hetzelfde resultaat voeren: in de obligatoire sfeer komen in beide gevallen de verbintenissen te vervallen, in de goederenrechtelijke sfeer zal degene die de bevoegdheid tot ontbinding of vernietiging heeft, weer rechthebbende worden van het door hem overgedragen goed, bij vernietiging van rechtswege en ingeval van ontbinding door retro-overdracht. Een variant is dat een ogenschijnlijk bestaand verschil door interpretatieve gelijkschakeling wordt geëlimineerd, zoals ten aanzien van de verjaringstermijn is geschied in HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (Baarn/Gem. Sluis);

b versterken elkaars rechtsgevolgen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor ingeval een schuldeiser behalve vertragingsschade ook devaluatieschade kan vorderen of, meer in het algemeen, wanneer aan een partij in cumulatieve zin verschillende mogelijkheden/middelen ten dienste staan, zoals nakoming met aanvullende schadevergoeding (art. 6:85 BW), betaling in eigen of vreemde valuta (art. 6:121 BW) of in chartaal of giraal geld (art. 6:114 BW);

c schakelen elkaars rechtsgevolgen geheel of gedeeltelijk uit. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – waaronder begrepen de regeling van de imprévision –, bij misbruik van recht en meer in het algemeen in de gevallen van samenloop met alternatieve en exclusieve werking.

2.2 Exclusieve werking

Uit (het stelsel van) de wet valt af te leiden dat uitgangspunt is dat bij samenloop in beginsel alle rechtsregels tegelijk toepassing vinden (cumulatie). Dit volgt niet alleen uit de wetsbepalingen waarin dit met zoveel woorden wordt

gezegd,[3] maar ook uit de talrijke bepalingen die samenloop juist beogen uit te sluiten.[4] Zo'n uitsluiting veronderstelt immers een cumulatie van rechtsregels die om enige reden onaantrekkelijk of onwenselijk wordt gevonden. Een ander argument voor het cumulatieprincipe is dat in beginsel aan iedere rechtsregel zoveel mogelijk gelding behoort te worden gegeven.[5]

Soms is onduidelijk of twee voorzieningen cumuleren of elkaar uitsluiten. Zo neemt Hartlief samenloop aan van enerzijds de ontbindingsmogelijkheid op grond van een tekortkoming in de nakoming (art. 6:265 BW) respectievelijk de ontbinding ex art. 7:440 BW wegens een dringende reden en anderzijds een verandering in de omstandigheden.[6]

Een uitzondering op het uitgangspunt van de cumulatie is slechts gerechtvaardigd indien hiervoor deugdelijke argumenten bestaan bijvoorbeeld dat toepassing van verschillende rechtsregels zou leiden tot resultaten die in strijd zijn met het stelsel of met de strekking van de wet of die uit praktisch oogpunt onaanvaardbaar zijn.[7] In een dergelijk geval geldt volgens de Hoge Raad:[8]

> 'het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren.'

Hartkamp voegt hieraan nog toe dat indien ook het beginsel van alternativiteit tot onaanvaardbare resultaten zou leiden, aangenomen dient te worden dat de ene regel de andere verdringt en hierdoor exclusieve gelding heeft.[9]

Exclusiviteit van een rechtsregel wordt door de Hoge Raad niet spoedig aangenomen. De Raad legt strenge maatstaven aan:[10]

> 'Naar in de rechtspraak van de Hoge Raad als uitgangspunt is aanvaard, kan van exclusieve werking *slechts* sprake zijn indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.' [cursivering, J]

---

3 Zie bijvoorbeeld de artikelen 6:125, 6:193, 6:215, 7:22 lid 4, 7:651 lid 1, 7:686, 7:761 lid 4 en 185 lid 5 WVW.

4 Zie bijvoorbeeld de artikelen 6:92 BW, 6:225 lid 3 BW en bepalingen waarin de passus: 'in plaats van' voorkomt zoals art. 6:230 lid 2 BW.

5 Vergelijk W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.', in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, p. 454 en A-G Hartkamp in zijn conclusie, sub 8, voor HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54 m.nt. CJHB (Donkers/Scholten).

6 T. Hartlief, *Ontbinding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 160.

7 In deze zin A-G Hartkamp in zijn conclusie, sub 8, voor HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54 m.nt. CJHB (Donkers/Scholten).

8 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 m.nt. JH (Bramer c.s/Colpro).

9 Zie zijn conclusie, sub 8, voor HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54 m.nt. CJHB (Donkers/Scholten).

10 HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 m.nt. JBMV (Avo/Petri).

Tot nu toe heeft de Hoge Raad in de meeste gevallen exclusieve werking afgewezen.[11] Een uitzondering is HR 22 november 1996, *NJ* 1998, 567 m.nt. CJHB (Bos/Althuisius). De Hoge Raad verwerpt het betoog dat de uitlener van een trap niet slechts aansprakelijk is, indien hij het gebrek kende of zich moet hebben gerealiseerd dat de zaak een ernstig gebrek vertoonde, maar ook, indien hij behoorde te weten althans rekening diende te houden met de mogelijkheid dat de zaak een gebrek vertoonde met de volgende overweging:

> 'Dit betoog kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. Weliswaar is – ook naar het vóór 1 januari 1992 geldende, te dezen toepasselijke recht – niet uitgesloten dat uit de concrete omstandigheden van het geval voortvloeit dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de uitlener van een gebrekkige zaak, indien deze naar haar aard door dit gebrek een bijzonder gevaar voor personen oplevert, zich op de in art. 1790 geregelde beperking van zijn aansprakelijkheid beroept, doch aan de strekking van deze bepaling zou geen recht worden gedaan indien als regel zou worden aangenomen dat, ongeacht de aanwezigheid van omstandigheden als evenbedoeld, de uitlener steeds aansprakelijk is, indien hij het hem niet bekende gebrek had behoren te kennen of rekening had dienen te houden met de mogelijkheid van een dergelijk gebrek.'

Een ander sprekend voorbeeld van exclusieve werking, die logisch voortvloeit uit de wet is art. 3:196 BW (dwaling ten aanzien van de waarde van goederen of schulden in het kader van een boedelscheiding), dat art. 6:228 BW verdringt, omdat van de beperking die art. 3:196 BW – benadeling voor meer dan een vierde gedeelte – bevat ten aanzien van het beroep op dwaling, weinig over

---

11 Zo bijvoorbeeld HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maijer (Nutsbedrijf Westland/S. c.s.): de art. 2:9 en 7:661 prevaleren niet boven art. 6:162 BW; HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62: art. 3:196 BW prevaleert niet boven art. 6:162 BW; HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 m.nt. JBMV (AVO/Petri Beheer): art. 5:54 BW heeft geen exclusieve werking ten opzichte van art. 3:13 BW; HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 m.nt. JH (Bramer c.s/Colpro) ontzegt exclusieve werking aan art. 6:233, aanhef en sub a, ten opzichte van art. 6:248 lid 2 BW; HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663 m.nt. Ma (Van Essen/Aalbrecht c.s.): art. 2:248 BW prevaleert niet boven 6:162 BW; HR 26 november 1993, *NJ* 1995, 322 m.nt. CJHB (Zaadnoordijk/Staat): de vergoedingsplicht van de Staat, zoals neergelegd in art. 26 Luchtvaartwet en de op die bepaling gebaseerde uitvoeringsregelingen, die beoogt een schadevergoeding te verschaffen wegens ondervonden geluidsbelasting, heeft geen exclusieve strekking. Een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad wordt daardoor niet uitgesloten. Impliciet is exclusieve werking afgewezen in alle gevallen waarin de Hoge Raad oordeelde dat sprake was van samenloop met cumulatieve of alternatieve werking. Varianten van cumulatieve werking zijn de uitspraken waarin het beroep op het lex specialis-beginsel is afgewezen (HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 660 m.nt. MB: juist is 's hofs oordeel dat het systeem van de art. 115 tot en met 117 van de Ruilverkavelingswet niet uitsluit dat de Staat aansprakelijk is uit hoofde van art. 1401) of waarin de twee-wegenleer wordt toegepast des dat geen onaanvaardbare doorkruising wordt aangenomen (HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720 m.nt. MS: Een vordering uit onrechtmatige daad, levert geen onaanvaardbare doorkruising van de regeling van de Wrakkenwet op, ongeacht of de schadeveroorzaker een verwijt treft ter zake van het zinken van het voorwerp).

zou blijven indien de boedelscheiding op grond van art. 6:228 BW zou kunnen worden vernietigd. Inmiddels heeft HR 28 april 2006, *RvdW* 2006, 449 in *ander* opzicht het primaat van art. 3:196 bevestigd door te oordelen:

> 'dat voor de door de vrouw nagestreefde vernietiging van de verdeling op grond van art. 3:196 BW niet vereist is dat voldaan is aan de voorwaarde van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW, aldus dat wordt geoordeeld dat de man in verband met de invloed die een overname van Q. zou kunnen hebben op de waarde van de aandelen in de Holding de vrouw over die (verwachte) overname had behoren in te lichten. Bepalend voor die vernietiging is immers slechts of de vrouw toen zij instemde met een verdeling van de gemeenschap waarin de aandelen in de Holding voor een waarde van *f* 3 000 000 werden opgenomen en aan de man toegedeeld, heeft gedwaald omtrent de waarde van die aandelen en daardoor voor meer dan een vierde is benadeeld.'[12]

Dit oordeel spoort met de uit de parlementaire geschiedenis blijkende bedoeling van de wetgever dat voor de verdeling een bijzondere regeling is ontworpen die uitsluitend ziet op geschillen over de waarde van de verdeelde goederen en die met zijn ondergrens van benadeling van meer dan een kwart beoogt te voorkomen dat een eenmaal totstandgebrachte verdeling met zijn goederenrechtelijke werking te makkelijk kan worden aangetast.[13]

Exclusieve werking werd ook aangenomen door HR 23 december 2005, *NJ* 2007, 132 m.nt. HJS:

> '4.6 Middel I betoogt, kort gezegd, dat de rechtsmiddelenuitsluiting van art. 186 in verbinding met art. 202, aanhef en letter f, Landinrichtingswet (hierna: LiW) onverlet laat dat de uitspraak van de rechtbank kan worden herzien op de voet van art. 382 Rv. Dit betoog faalt. Met de in art. 186 LiW neergelegde uitsluiting

12 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62 beantwoordt de vraag of de aan de bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling (art. 3:196) verbonden vervaltermijn van art. 3:200 eraan in de weg staat dat na het verstrijken van die termijn een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad wordt ingesteld, ontkennend: 'De bewoordingen waarin art. 3:200 is gesteld bieden geen enkele steun aan een bevestigend antwoord daarvan. Bovendien pleit de aard van de desbetreffende bepaling – een vervaltermijn – tegen analoge toepassing of reflexwerking daarvan buiten het toepassingsgebied van titel 3.7, waarvan deze bepaling onderdeel uitmaakt. Voorts heeft de in art. 3:196 geregelde bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling, waarvan de uitoefening is gebonden aan de vervaltermijn van art. 3:200, een heel andere strekking dan art. 6:162 dat degene die jegens een ander een onrechtmatige daad heeft gepleegd, verplicht tot schadevergoeding. En ten slotte zijn bij de vernietiging van een verdeling niet alleen de belangen van partijen, maar ook die van derden betrokken; in dit licht dient de vervaltermijn van art. 3:200 de rechtszekerheid. Een op art. 6:162 gebaseerde vordering echter raakt in beginsel alleen de belangen van partijen; het belang van de rechtszekerheid is daarbij in mindere mate betrokken. Art. 3:200 moet op grond van dit alles aldus worden uitgelegd dat deze bepaling niet eraan in de weg staat dat na het verstrijken van de daarin genoemde vervaltermijn door de ene deelgenoot tegen de andere alsnog een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld.'

13 *Parl. Gesch.* Boek 3 BW, Vaststellingswet, p. 633-637 en *Inv. wet* Boek 3 BW, p. 1308-1309.

> van rechtsmiddelen heeft de wetgever beoogd het mogelijk te maken een ruilverkaveling binnen een redelijke termijn te verwezenlijken, hetgeen voor alle betrokkenen van belang is (memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1979-1980, 15907, nrs. 3-4, blz. 27). Het zou aan de bedoeling van de wetgever tekortdoen indien art. 186 LiW aldus zou worden uitgelegd dat de daarin neergelegde rechtsmiddelenuitsluiting niet zou gelden voor het buitengewone rechtsmiddel herroeping, geregeld in art. 382 e.v. Rv. De omstandigheid dat bedoeld rechtsmiddel nog niet bestond toen de Landinrichtingswet werd ingevoerd maakt dit niet anders, nu destijds reeds het buitengewone rechtsmiddel request-civiel bestond (art. 382, oud, Rv.), waarvoor de huidige regeling van de herroeping in de plaats is gekomen. Ook het beroep dat het middel doet op art. 6 EVRM en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM faalt, nu die verdragsbepalingen niet een onbeperkte mogelijkheid tot het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een rechterlijke uitspraak waarborgen.'

Exclusieve werking werd eveneens aangenomen door HR 9 december 1998, *BNB* 2001, 98:

> '3.2. De omstandigheid dat bedrijfsopleidingen zijn aan te merken als cursussen in de zin van artikel 36, lid 2, letter g, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: de Wet) (…) neemt niet weg dat reizen die in verband met de vervulling van een dienstbetrekking worden gemaakt voor het volgen van een cursus tevens het karakter kunnen hebben van reizen voor woon-werkverkeer in de zin van artikel 36, lid 2, letter a, van de Wet. (…) In dergelijke situaties heeft het reiskostenforfait voorrang en komt artikel 36, lid 2, letter g, van de Wet niet meer aan de orde.'

In het arbeidsrecht wordt de exclusieve werking van het ontslagrecht aangenomen. HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441 m.nt. PAS (HAL/Van Werkhoven) neemt aan dat de in de art. 1639s-u gegeven regeling voor het geval een der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen – gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn – als uitputtend moet worden beschouwd in die zin dat naast deze regeling voor toetsing van een ontslag aan art. 1374, derde lid, resulterend in een herstel van de dienstbetrekking geen plaats is. Volgens HR 24 mei 1996, *NJ* 1996, 685 m.nt. PAS (Van Zijl/Van Koppen) zal bij uitzondering een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde verenigbaar zijn met het gesloten systeem van het ontslagrecht. 'Een voorwaarde die met dit stelsel redelijkerwijs niet te verenigen is, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden.'

Een paar maal is gedeeltelijk exclusieve werking aangenomen.[14]

---

14 Zo door HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 58 (R/Staat): 'Anders dan het tweede onderdeel betoogt, dient uitgangspunt te zijn dat, voor zover voormeld nadeel bestaat in nadeel in eer en goede naam, vergoeding daarvan slechts kan worden toegewezen op grondslag van art. 1408 BW. Maar het enkele feit dat een gedraging die een schending van iemands recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer oplevert, tevens tot gevolg heeft dat hij nadeel in zijn eer en goede naam lijdt, is niet voldoende om de benadeelde op grond van

Ook in het kader van de ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 BW wordt gedeeltelijk exclusieve werking aangenomen als gevolg van de Baijingsregel, vernoemd naar de eerste uitspraak van deze soort,[15] die nadien in talrijke arresten is herhaald en verfijnd.[16] Deze rechtspraak houdt in dat ten aanzien van aanspraken op ontbindingsvergoeding heeft te gelden dat de bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst meebrengt dat in de regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zoals neergelegd in art. 7:685 BW, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (of aan hetgeen een goed werkgever behoort te doen en na te laten) in beginsel ten volle, onder meeweging van alle voor zijn oordeel relevante factoren, tot uitdrukking behoort te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter op de voet van art. 7:685 BW met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is maar dat een uitzondering op dit uitgangspunt geldt ten aanzien van aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking en betrekking hebben op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en die geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging, zoals bijvoorbeeld een aanspraak op achterstallig loon.

Gedeeltelijk exclusieve werking werd ook aangenomen door HR 21 december 1973, *NJ* 1974, 308 m.nt. WK (Mulder/Ronner), waarin werd geoordeeld dat de ouderlijke boedelverdeling ex art. 1167 BW (oud) prevaleerde boven het recht op de legitieme ex art. 960 BW (oud) in dier voege dat de legitimaris wegens schending van zijn legitieme geen recht kon doen gelden op goederen van de nalatenschap, maar slechts op de waarde daarvan.

Strikwerda[17] heeft erop gewezen dat de rechtsontwikkeling kan meebrengen dat een eerst zinvolle en exclusief werkende bijzondere regeling achter-

art. 1408 een aanspraak op vergoeding van de immateriële schade door de aantasting van zijn persoon die in die schending zelf is gelegen, te onthouden. Weliswaar brengt de strekking van de beperkingen waaraan een vordering op grond van art. 1408 is gebonden, mee dat niet op grondslag van dezelfde feiten ook een vordering uit art. 1401 kan worden ingesteld, maar deze strekking eist niet dat art. 1408 ook dan een beletsel voor een op art. 1401 gegronde vordering vormt, wanneer die feiten – zoals hier – tevens schending van een ander belang inhouden dan waarin art. 1408 de benadeelde beoogt te beschermen.'

15 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 m.nt. PAS (Baijings).

16 Zie HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 644, m.nt. PAS (T./FNV); HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 251, m.nt. PAS (Intramco/Grotenhuis); HR 2 november 2001, *NJ* 2001, 667 (Elverding en Kruijff/Wienholts); HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 210, m.nt. Heerma van Voss (TNO/Ter Meulen); HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 211, m.nt. Heerma van Voss (Guérand/PTT Post); HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 231 (Van Ravenswade/ING Bank); HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 174 m.nt. GHvV (V./Van Lee); HR 10 december 2004, *NJ* 2006, 214 (Vermeulen/Douwe Egberts) en HR 2 april 2004, *NJ* 2006, 212 m.nt. E. Verhulp (Drankencentrale Waterland/Blakburn).

17 A-G Strikwerda in zijn conclusie, sub 2.6, voor HR 19 mei 1989, *NJ* 1990, 235 m.nt. CJHB (Terwischa/Schreven c.s.).

haald raakt en als onwenselijk wordt beschouwd. Exclusiviteit van de regeling is dan niet altijd meer gegeven of geboden.

2.3 Alternatieve werking

Karakteristiek voor samenloop met *alternatieve* werking is dat hetzelfde rechtsfeit(encomplex) door verschillende rechtsregels wordt beheerst en dat eerst door de keuze het aantal toepasselijke rechtsregels wordt gereduceerd tot één.

Als voorbeeld noem ik het geval dat partijen een beperkt recht vestigen zonder met zoveel woorden aan te geven welk beperkt recht zij vestigen, terwijl verschillende alternatieven zich aandienen, bijvoorbeeld een recht van erfpacht en een recht van vruchtgebruik.[18] Niet alleen houdt de wet geen verplichting in het desbetreffende beperkte recht bij de vestiging ervan met zoveel woorden aan te duiden, sterker nog, zelfs indien partijen het recht wel aanduiden, houdt dit niet het einde van de discussie in, omdat de kwalificatie door partijen zelf van het recht dat zij vestigen of van hun rechtsverhouding, ongeacht of dat recht of die rechtsverhouding obligatoir of goederenrechtelijk van aard is, geen exclusieve en beslissende bevoegdheid van partijen, maar een uiteindelijk door de rechter te beslissen rechtsvraag is. Het is evenwel evident dat slechts één optie in aanmerking komt, omdat uiteraard maar van één beperkt recht sprake kan zijn. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de (kwalificatie)keuze tussen een erfdienstbaarheid en een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW of, om volledig in de obligatoire sfeer te blijven, tussen een kettingbeding en kwalitatieve verplichting,[19] of wanneer het gaat om het vaststellen van de aard van een door partijen gesloten overeenkomst en zich verschillende mogelijkheden aandienen. W. Snijders[20] noemt in deze sfeer nog het geval dat op A de verplichting wordt gelegd om te dulden dat B op de grond van A een zaak in eigendom heeft. Volgens hem komen dan in aanmerking een recht van opstal en een recht van erfdienstbaarheid. De laatste optie stuit inmiddels echter af op HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 297 m.nt. WMK (Stok c.s/Staat), waarin is beslist dat een recht van erfdienstbaarheid de verticale natrekking niet kan blokkeren, waardoor dit geval van samenloop zich niet meer kan voordoen.

Van de zojuist besproken gevallen moet worden onderscheiden het rechtsfeit(encomplex) waarop *ogenschijnlijk* meer dan één rechtsregel van toepassing is, maar waarvoor de facto slechts één rechtsregel geldt. De verschillende rechtsregels kunnen *on*afhankelijk van elkaar voor het feitencomplex valabel zijn, maar, simultaan toegepast, voeren zij tot onderling onverenigbare uitkom-

18 Zie in dit verband de MvA op wat thans is art. 5:85 BW, *Parl. Gesch.* Boek 5 BW, Vaststellingswet, p. 302.
19 Zie in dit verband HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 m.nt. CJHB en WMK (Curaçao/Boyé).
20 Snijders 1973, p. 458.

sten en zijn ze derhalve niet *tegelijk* valabel, hetgeen voor samenloop een noodzakelijke voorwaarde is. Men zou kunnen spreken van pseudo-samenloop. Zo'n geval is het Kuikenbroederij-arrest.[21] In casu werden kuikens bedrijfsmatig op kunstmatige wijze uitgebroed uit eieren, waarvan de leverancier zich de eigendom had voorbehouden. De vraag was wie eigenaar was van de kuikens die uit deze eieren zijn voortgekomen. Het geschil concentreerde zich in cassatie met name op de vraag of sprake was van vruchttrekking (art. 5:1 lid 3 jo. 3:9 BW) of van zaaksvorming (art. 5:16 BW).[22] De Hoge Raad dicht aan het Hof het oordeel toe dat de kuikenbroederij *voor zichzelf* de zaak heeft gevormd. Tegen de achtergrond van deze aankleding van 's Hofs arrest moet worden begrepen het door de Hoge Raad in cassatie als vaststaand genoemde feit dat de activiteiten van de kuikenbroederij bestonden uit het *voor eigen rekening en risico* laten opfokken van de ééndagskuikens tot leghennen. Hierin herkent men het voor de eigendomsverkrijging op grond van zaaksvorming mede[23] bepalende commerciële criterium uit het arrest Breda/Antonius.[24]

De ijzeren consequentie van het gekozen uitgangspunt is dat vruchttrekking, als op zich goed verdedigbaar alternatief, logisch onmogelijk wordt, omdat anders de eigenaar van de eieren eigenaar van de kuikens zou zijn geweest. Het verschil met de alternatieve samenloop is dat hierbij na de keuze het niet gekozen alternatief valabel blijft, terwijl dat in de gevallen van pseudo-samenloop niet zo is, wegens de onderlinge onverenigbaarheid van de uitkomsten. Zo zou het omgekeerde hebben gegolden indien vruchttrekking wél zou zijn opgegaan. In dat geval zou (het aannemen van) zaaksvorming logisch onmogelijk zijn geweest. Zou daarentegen de kuikenbroederij de eieren voor rekening en risico van de leverancier hiervan hebben uitgebroed, dan zou sprake (kunnen) zijn geweest van samenloop, omdat dan zowel vruchttrekking als zaaksvorming zou hebben geleid tot eigendomsverkrijging voor hetzelfde rechtssubject, in de door mij genoemde casus: de leverancier van de eieren en dan is sprake van samenloop met alternatieve werking.[25]

---

21 HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. WMK.

22 In cassatie werd ook nog betoogd, dat het kuiken bestanddeel was van het ei en om deze reden toebehoorde aan de eigenaar van het ei. Ook hiervoor geldt dat deze redenering tot een resultaat voert dat onverenigbaar is met de uitkomst van zaaksvorming.

23 Het tweede criterium dat het arrest noemt, is van artistieke aard: wie heeft bepalende invloed gehad op het ontwerp of op de vormgeving van de nieuwe zaak?

24 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 m.nt. WMK.

25 In dezelfde sfeer vallen te situeren HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 m.nt. WMK (gescheurde orchideeën) en HR 14 december 1992, *NJ* 1993, 623 m.nt. WMK (Love Love), in welk laatste arrest de vraag aan de orde is of het afbouwen van het casco van een schip een geval van zaaksvorming of van natrekking oplevert. De Hoge Raad is van oordeel dat er sprake is van natrekking, omdat uit het wettelijk stelsel met betrekking tot schepen, in het bijzonder uit de art. 309 (oud), 312 (oud), 318 (oud) en 318k (oud) K, volgt dat het casco van een schip, als schip in aanbouw, reeds moet worden aangemerkt als een schip en dat de identiteit van dit schip niet verandert doordat het wordt afgebouwd en wordt voorzien van voortbewegingswerktuigen en navigatieapparatuur.

Om dezelfde reden is samenloop uitgesloten van de artikelen 5:4 (toeeigening) en 5:5 BW (vinderschap) in het geval dat iemand te goeder trouw, maar ten onrechte, meent dat de door hem aangetroffen zaak aan niemand toebehoort.[26]

3 AFBAKENING VAN DE SAMENLOOP

3.1 Inventarisatie van gevallen

Onder de noemer samenloop gaan gevallen van zeer heterogene aard schuil. Reden waarom nadere afbakening geboden is. Ik noem de volgende categorieën gevallen die buiten de begripsomschrijving (behoren te) vallen, omdat zich hierbij niet het voor samenloop karakteristieke rechtsvindingprobleem voordoet wélke rechtsregel(s) te gelden heeft (hebben):

a de (ongelukkige) samenloop van omstandigheden, die in de sfeer van de onrechtmatige daad inmiddels tot een rijke jurisprudentie heeft geleid;[27]
b een samenloop van omstandigheden die in ander opzicht relevant is;[28]
c de personele samenloop[29] zoals actieve en passieve hoofdelijkheid, samenloop in de sfeer van executie en verhaal zoals faillissement, meervoudig

26 Zie *Parl. Gesch.* Boek 5 BW, Vaststellingswet, p. 83.

27 *Onrechtmatige daad* (K.J.O. Jansen), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 92 (Losbl.).

28 Zie HvJEG 21 juni 2006, *RvdW* 2006, 1027: 'Het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst moet in de meeste gevallen worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.' Zie in deze sfeer ook Hof 's Gravenhage 25 maart 1998, *NJ* 1999, 500: 'Gelet op de uit het bovenstaande blijkende samenval van realisatie van (zeer) onwaarschijnlijke gebeurtenissen dient er naar het oordeel van het hof voorshands van te worden uitgegaan dat de ingreep niet vakkundig is uitgevoerd.' In dit verband kan ook worden genoemd de samenloop waarvan A-G Langemeijer rept in zijn conclusie, sub 4.5 voor HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 132 m.nt. J. Legemaate en die relevant is voor art. 14h Wet Bopz jo art. 5 lid 1 sub e EVRM, te weten: de samenloop van alcoholgebruik en een stoornis van de geestvermogens, van verschillende psychische stoornissen, van lichamelijke en psychische ziekten of van een wisselwerking tussen een stoornis van de geestvermogens en omgevingsfactoren.

29 Zie HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 178 over samenloop van alimentatieverplichtingen jegens kinderen uit verschillende huwelijken en waarin de Hoge Raad ruimte lijkt te bieden voor een rangorde en HR 11 september 1992, *NJ* 1992, 745 inzake samenloop van alimentatieverplichtingen jegens twee ex-echtgenoten en waarin de Hoge Raad geen ruimte aanwezig acht voor toepassing van het eerstgenoemde alimentatiearrest. Zie in dit verband ook: HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 358: Voor het geval dat zowel een vroegere echtgenote als een of meer kinderen aanspraak maken op een onderhoudsbijdrage van dezelfde alimentatieplichtige en diens draagkracht onvoldoende is om aan alle aanspraken te voldoen, is er geen rechtsregel die meebrengt dat alsdan in het algemeen prioriteit toekomt aan de alimentatie voor de kinderen.

beslag al dan niet van verschillende aard[30] en hiermee op een lijn te stellen gevallen zoals dat van art. 3:298 BW;

d de – soms lastig te ontwarren – samenloop van schadecomponenten, waarvan de ene wel en de andere niet voor vergoeding in aanmerking komt;[31]

e de samenloop van oorzaken[32] en de figuur van art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit), die hiertegen aanschurkt;

f de samenval van rechtsmomenten.

Bij de rubrieken (a) en (b) is geen sprake van samenloop van rechtsregels. De samenloop speelt zich af in de sfeer van feiten, die op zich weer relevant zijn voor de al dan niet toepasselijkheid van rechtsregels. Hiervan te onderscheiden zijn de gevallen waarin voor het intreden van een rechtsgevolg (soms) een *reeks* omstandigheden aanwezig moet zijn, zoals bijvoorbeeld de onrechtmatige daad of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Anders dan in de beide zojuist genoemde gevallen wordt dan echter nimmer de woordcombinatie samenloop van omstandigheden gebruikt.

Rubriek (d) is een geval van *schijn*samenloop, omdat er een rechtsregel is die inhoudt dat *geen* aanspraak bestaat op vergoeding van een bepaalde schadecomponent, maar deze rechtsregel mist zelfstandige betekenis, omdat hij slechts de reflectie is van de de facto enig geldende rechtsregel krachtens

30 Zie in dit verband art. 497 en 736 Rv.

31 Zie HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Taxibus). De samenloop betrof de *niet* voor vergoeding in aanmerking komende affectieschade en de *wel* voor vergoeding in aanmerking komende shockschade.

32 HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351 m.nt. CJHB (Nugteren/Meskes): 'Zowel naar het vóór 1 januari 1992 als naar het sedertdien geldende recht is in het zich hier voordoende geval, dat een schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden, en derhalve door een samenloop van oorzaken, ieder van die personen jegens de benadeelde voor de gehele schade aansprakelijk, met dien verstande dat het daarbij sedert 1 januari 1992 ingevolge art. 6:102 BW gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid.' en HR 11 juni 1993, *NJ* 1995, 235 m.nt. R.E. Japikse (Kroezen/Gerling-Konzern): '3.8. Onderdeel 9 keert zich tegen 's hofs oordeel (r.o. 18) dat indien blijkt dat het schip onzeewaardig is, dit kan prevaleren boven het niet afsluiten van de luchtinlaten als oorzaak van de schade. Het onderdeel strekt ten betoge dat, indien sprake is van samenloop van enerzijds een fout in de behandeling van het schip, waarvoor de reder ingevolge art. 469 lid 2 onder a (oud) K niet aansprakelijk is, en anderzijds onvoldoende zorg voor de zeewaardigheid, waarvoor de reder ingevolge het eerste lid van evenbedoelde bepaling wel aansprakelijk is, een verdeling van aansprakelijkheid dient plaats te vinden.
Het onderdeel faalt. 's Hofs oordeel is juist. Indien de schade te wijten is aan twee oorzaken, zoals hierboven bedoeld, dient de onzeewaardigheid waartegen niet voldoende is gewaakt, als enige oorzaak in aanmerking te worden genomen, zonder dat, ter vermindering van de aansprakelijkheid, een beroep kan worden gedaan op de ontheffingen van het tweede lid van art. 469.' Zie over dit arrest: A.J. Akkermans, 'Meervoudige causaliteit, samenloop van onzelfstandige oorzaken, hoofdelijke aansprakelijkheid', *A&V* 2000, p. 77-82.

welke recht bestaat op vergoeding van slechts bepaalde schadecomponenten en dus – negatief – niet van andere schadecomponenten.

Van dit geval moet worden onderscheiden dat waarover HR 11 juni 1993, *BR* 1994, 763 had te oordelen en dat handelde over de samenloop van plan- en andere schade: Ruijsch heeft in 1957 een in de dorpskern van Lieren gelegen boerderij van zijn vader overgenomen. In 1960 heeft hij grond verworven in het circa 2 kilometer verderop gelegen gebied tussen de Ruggeweg en de Hulsthorstweg, behorende tot de Lierder Enk, waardoor hij aldaar circa 5 hectaren nagenoeg aaneengesloten in eigendom had. Op 25 juni 1970 en 3 juni 1971 heeft de raad van de Gemeente voorbereidingsbesluiten voor bedoeld gebied vastgesteld. Ruijsch heeft op 1 oktober 1971 bij de Gemeente een schetsplan ingediend als voorloper op zijn bouwaanvraag, welke bouwaanvraag hij op 8 december 1971 bij de Gemeente indiende met het verzoek de vorenbedoelde grond in de Lierder Enk te mogen bebouwen. Bij besluit van de gemeenteraad van 21 december 1972 is het bestemmingsplan 'Beekbergen-Lieren' vastgesteld, welk besluit onherroepelijk is geworden bij Koninklijk Besluit van 6 april 1977 nr. 29. Dit besluit omvat voormeld gebied, als gevolg waarvan in dat gebied niet langer een agrarisch bedrijfsgebouw mag worden gesticht. Het voordien geldende bestemmingsplan stond wel het stichten van agrarische bedrijfsgebouwen toe. De bouwaanvraag van Ruijsch is bij besluit van 24 november 1977 afgewezen. Op 2 januari 1978 heeft Ruijsch een verzoek tot vergoeding van planschade ingevolge art. 49 van de Wet op de ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) bij de Gemeente ingediend. De schadebeoordelingscommissie heeft op 23 maart 1979 aan de Gemeente geadviseerd om aan Ruijsch schadevergoeding toe te kennen. De gemeenteraad heeft bij besluit van 6 september 1979 het verzoek van Ruijsch afgewezen. Op 15 oktober 1979 heeft Ruijsch tegen dit besluit van de gemeenteraad beroep bij de Kroon ingesteld, welk beroep op 15 december 1983 door de Kroon is afgewezen.

Ruijsch vordert bij de burgerlijke rechter een schadevergoeding ten bedrage van *f* 3.300.000, primair als vergoeding voor de ideële schade die de Gemeente hem heeft doen lijden door de vaststelling van het bestemmingsplan en door het vervolgens gedurende meer dan 17 jaar weigeren van de hem toekomende planschadevergoeding en het hem daardoor dwingen gedurende die periode bij voortduring tegen de Gemeente te blijven procederen. Subsidiair vordert hij vergoeding van materiële schade, tot een bedrag dat tezamen met het hem toe te kennen smartengeld *f* 3.300.000 bedraagt.

De Hoge Raad kwam als gevolg van verjaring van de vordering strekkende tot vergoeding van de andere dan planschade niet aan de kwestie toe: de klacht

> 'ziet eraan voorbij dat de Gemeente voor niet op grond van art. 49 WRO voor vergoeding in aanmerking komende schade slechts aansprakelijk zou kunnen zijn indien zij zich aan een onrechtmatige daad schuldig zou hebben gemaakt, en dat de op art. 1401 (oud) BW steunende vordering van Ruijsch naar het in 's Hofs eerste arrest neergelegde en door het cassatiemiddel niet bestreden oordeel reeds vóór de inleidende dagvaarding was verjaard.'

Echter, ook indien de rechtsvordering niet zou zijn verjaard, zou van samenloop geen sprake zijn geweest, omdat de beide schadesoorten – planschade respectievelijk andere schade dan planschade – uit twee totaal verschillende feitencomplexen voortvloeien. Het ene raakt de planmaatregel, het andere de – vermeend onrechtmatige – wijze waarop de gemeente is omgegaan met de persoon van Ruijsch.

Rubriek (f) valt buiten de samenloop hetzij omdat de toepasselijke rechtsregels betrekking hebben op twee of meer *verschillende* rechtsverhoudingen[33] – hetzelfde geldt voor de rubrieken (c) en (e) die om deze reden evenmin samenloop opleveren –, hetzij omdat ze niet simultaan werking hebben[34] ook al raken ze dezelfde rechtsverhouding. Tot de eerste groep van gevallen behoren onder andere de levering bij voorbaat – op het ondeelbare moment, waarop de vervreemder het door hem reeds bij voorbaat geleverde goed verkrijgt, verkrijgt de verkrijger dit mits de vervreemder bij voorbaat op het tijdstip van zijn verkrijging beschikkingsbevoegd is –; het door A-G Bakels[35] genoemde geval van het zogeheten eigenbeursje – waarbij de rechter oordeelt dat in een samenval van rechtsmomenten de cliënt van de raadsman, als de tegenover de tegenpartij in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten moet worden veroordeeld, doch dat deze schuld, als onaanvaardbaar gevolg van een ernstige beroepsfout van die raadsman, in de verhouding advocaat/cliënt privatief door laatstgenoemde dient te worden overgenomen –; het door Van Schilfgaarde[36] genoemde geval van een vennootschap met één bestuurder, die tevens algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid bezit en een vertegenwoordigingshandeling verricht. Het verrichten van de vertegenwoordigingshandeling valt dan samen met het – veelal impliciet genomen – bestuursbesluit tot het verrichten daarvan; en het geval dat de derde-beslagene betaalt aan de executant. Deze betaling leidt, tot het bedrag van de betaling, tot het tenietgaan van de schuld van de derde-beslagene aan de beslagene, maar tevens tot het geheel of gedeeltelijk tenietgaan van de schuld van de beslagene aan

33 Om deze reden leveren (ook) geen samenloop op: 1:90 lid 2, 1:159a, 2:93 lid 3, 2:203 lid 3, 6:178 sub e, 6:187 lid 3, 8:114, 8:461 lid 1, 8:488 en 8:509 BW.

34 In navolging van A-G Franx in zijn – niet van nummers voorziene – conclusie voor HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 363 m.nt. GJS (SVB/St. Jansgeleen) kan worden gesproken van *opvolging* van rechtsmomenten.

35 Zie zijn conclusie, sub 2.1, voor HR 23 april 2002, *NJ* 2002, 288 m.nt. JBMV onder *NJ* 2002, 289 (Mr. H/Nieuwe Hollandse Lloyd).

36 Zie hierover zijn noot, sub 4, onder HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 (Gomez-Brandao/Joral Management). Zie in dit verband tevens A-G Franx in zijn conclusie, sub 11, voor HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 m.nt. MS (Gem. Heesch/Van de Akker): 'Het toesturen van de brief met bijlage aan Van de Akker laat zich beschouwen als, wat Eggens noemde, een samenval van rechtsmomenten:
a. Een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst met een bepaalde inhoud (art. 6.5.2.1 NBW).
b. Het ter kennis van Van de Akker brengen van een besluit.'

de beslaglegger.[37] Ten slotte kunnen worden genoemd de artikelen 3:104 en 105 BW: samenval van de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit en de verkrijging van het goed door de bezitter.

Tot de tweede groep behoort het door A-G Franx[38] genoemde geval van het prijsgeven door de werkgever van een dringende reden voor ontslag op staande voet door in te stemmen met een ontslag op een later tijdstip. Een ander geval is het uitoefenen van een opschortingsbevoegdheid op de voet van art. 6:262 BW als inleiding tot een ontbinding.

3.2 Karakteristieken van samenloop

Zou men de door mij genoemde rubrieken (a)-(f) onder de noemer samenloop brengen, dan werd deze figuur voor het recht onbruikbaar, omdat hij veel te divers van karakter zou zijn en hierdoor de nodige scherpte zou missen. Een zekere inperking is derhalve geboden. De meeste auteurs zoeken haar door samenloop te beperken tot het verschijnsel dat op één rechtsfeit of op een samenstel van rechtsfeiten[39] verschillende rechtsregels voor toepassing in aanmerking komen. Hierdoor vallen in ieder geval de rubrieken (a) en (b) niet onder het begrip samenloop. Deze typering blijft echter ook dan nog te ruim, omdat zij een of meer van de andere door mij genoemde rubrieken insluit. In beginsel beter zijn de door Boukema[40] voorgestelde beperkingen tot die gevallen waarbij op één rechtsfeit twee of meer[41] regels van eenzelfde rechtsstelsel voor toepassing in aanmerking komen en dan nog voor zover

37 Volgens HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 m.nt. HJS (Rabo/Stormpolder) kan ingeval beslag is gelegd onder de derde op een vordering van de beslagene welke door een recht van hypotheek is versterkt, de beslaglegger het recht van hypotheek uitoefenen. De beslaglegger wiens vordering op de beslagene slechts een concurrent karakter heeft, krijgt via de lus van het derdenbeslag een onverwachte executiekluif, doordat hij profiteert van de (hoge) voorrang die is verbonden aan de vordering van de beslagene op de derde-beslagene.

38 Conclusie, sub 3, voor HR 11 december 1981, *NJ* 1982, 70 (Broekhuijzen/De IJsselstroom).

39 In afwijking van de in noot 44 genoemde auteurs rept HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 m.nt. JH (Bramer c.s/Colpro) van *feitencomplex*. W. Snijders, a.w., p. 454 spreekt van *één feitelijk gebeuren*. De term *rechtsfeit* is in zijn ogen kennelijk te vaag, t.a.p. p. 454: 'wat dit begrip ook mag inhouden'.

40 C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 3.

41 Gevallen van samenloop van meer dan twee rechtsregels zijn het in nr. 1 genoemde geval van het wegnemen van het object van het eigendomsrecht en HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer (Nutsbedrijf Westland/S. c.s.): 'De art. 2:9 en 7:661 BW sluiten niet uit dat een werknemer of bestuurder uit onrechtmatige daad aansprakelijk is ook indien zijn handelen tevens schending van zijn contractuele verplichtingen oplevert. De handelingen die [verweerder] c.s. worden verweten, moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad zodat op die grond de vordering tot schadevergoeding toewijsbaar is. Dat wordt niet anders door het enkele feit dat zij misbruik hebben gemaakt van hun positie als werknemer respectievelijk bestuurder.'

deze regels betrekking hebben op de rechtsrelatie tussen dezelfde partijen of op de rechtspositie van één rechtssubject.

Maar ook tegen de begrenzing van Boukema bestaan bezwaren. Het eerste bezwaar raakt zijn beperking tot de rechtspositie van één rechtssubject. Zij moet worden geschrapt, omdat hierdoor weer gevallen van de door mij uitgesloten rubrieken worden binnen gehaald. Zo is het weinig zinvol als geval van samenloop aan te merken dat waarin ten behoeve van *verschillende* schuldeisers op *hetzelfde* goed een zekerheidsrecht is gevestigd. Ook iedere vestiging van een beperkt recht zou dan een geval van samenloop opleveren, terwijl in wezen sprake is van zich in verschillende vermogens bevindende en dus aan verschillende rechtssubjecten toebehorende rechten ten aanzien van hetzelfde rechtsobject. Deze rechten markeren weliswaar de rechtspositie van de rechthebbende van het goed, maar de helderheid wordt niet gediend door hier samenloop aan te nemen.

Het tweede bezwaar is dat Boukema een verkeerd criterium aanlegt: de vraag is niet of sprake is van één rechtsfeit(encomplex), maar of de *verschillende* in aanmerking komende *rechtsregels* betrekking hebben op *hetzelfde* rechtsfeit(encomplex). Zo is blijkens het in noot 32 genoemde arrest sprake van twee afzonderlijke rechtsfeiten(complexen) wanneer A tegelijkertijd door B en C wordt aangereden. Vanuit het perspectief van A is wellicht sprake van één feitencomplex, maar deze vaststelling is niet relevant. Relevant is dat voor B en C sprake is van twee *afzonderlijke* gedragingen c.q. gebeurtenissen en dus ook van twee afzonderlijke rechtsfeiten. Illustratief is ook het in nr. 3.3 te bespreken arrest inzake de Luxemburgse bankrekening.

Een laatste bezwaar tegen de typering van Boukema is dat niet alleen de partijen dezelfde moeten zijn, maar ook de rechtsbetrekking. Is het al lastig om aan te geven wannéér sprake is van één – en hetzelfde (!) – rechtsfeit(encomplex),[42] het leerstuk van de samenloop wordt nodeloos gecompliceerd indien gevallen als bijvoorbeeld compensatie of opschorting ex art. 6:52 BW[43] als gevallen van samenloop worden aangemerkt op de enkele grond dat de rechtsbetrekking tussen dezelfde partijen bestaat. Karakteristiek voor deze twee gevallen is dat er twee *verschillende* rechtsbetrekkingen en mitsdien ook twee verschillende feiten(complexen) bestaan. Meer algemeen gesteld kan worden gezegd dat samenloop niet aan de orde is ingeval tussen dezelfde rechtssubjecten verschillende akkefietjes bestaan.

Essentieel voor de afgrenzing van samenloop is met name de eerstgenoemde beperking: de toepasselijke rechtsregels moeten betrekking hebben op de rechtsrelatie tussen *dezelfde* partijen. Het komt mij voor dat de literatuur onvoldoende oog heeft voor deze beperking, waardoor onder samenloop

---

42 Zie J.H. Nieuwenhuis, 'They still rule us from their graves', *WPNR* 2007, p. 2, r.k., en Schoordijk 1979, p. 58.

43 De op art. 6:262 BW gebaseerde opschortingsrechten vloeien uit *dezelfde* rechtsbetrekking voort.

gevallen worden gebracht die hier niet thuis horen. De tweede observatie die in dit verband moet worden gedaan en die nauw met de eerste samenhangt, is dat deze beperking met name consequenties heeft voor wát als één en hetzelfde feit(encomplex) heeft te gelden. Het is mijns inziens niet goed denkbaar van één en hetzelfde feitencomplex te spreken indien hierbij rechtsbetrekkingen met verschillende andere rechtssubjecten zijn betrokken, tenzij uiteraard het feitencomplex de optelsom is van het feitensubstraat van de verschillende betrokken rechtsbetrekkingen, maar dit zou een zinledigheid zijn. Het is ongerijmd dat aan dit meest cruciale element van de samenloop zelden een woord wordt gewijd.

3.3 Hetzelfde rechtsfeit(encomplex)

Het is daarom van belang iets dieper in te gaan op de vraag wat onder één en hetzelfde (rechts)feit(encomplex) moet worden verstaan. Instructief hiertoe zijn de 'samenloopgevallen' op verzekeringsrechtelijk terrein, die ten onrechte als zodanig worden aangeduid. Ik neem als voorbeeld HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 357 (Alpina/Royal Nederland).[44] Het gaat in deze zaak om het antwoord op de vraag door welke verzekeringsovereenkomst de aansprakelijkheid is gedekt voor schade die in drie gevallen tijdens het lossen van de bulklading uit aan Cementbouw BV toebehorende tankwagens aan derden is toegebracht: onder de bij Alpina gesloten verzekering tegen aansprakelijkheid waartoe motorrijtuigen in het verkeer aanleiding geven (de WAM-verzekering) of onder de bij Royal gesloten verzekering tegen bedrijfsaansprakelijkheid (de AVB-verzekering). In twee gevallen is een bovenop de bulktank aangebracht mangatdeksel ten gevolge van de verhoogde binnendruk weggeblazen en in het derde geval veroorzaakte de drukverhoging een scheur in de bulktank.

44 Andere gevallen zijn: HR 12 januari 2007 *RvdW* 2007, 87, *LJN* AZ4847, inzake samenloop van twee beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen; HR 17 november 2006, *NJ* 2007, 202 m.nt. J.M.M. Maeijer (Europeesche/Zorg en Zekerheid), *LJN* AY9712, inzake samenloop van ziektenkostenverzekeringen; HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 282 m.nt. M.M. Mendel (London verzekeringen/Aegon) inzake samenloop van garageverzekering bij London en WAM-verzekering met leenautoclausule bij Aegon; HR 19 april 2004, *NJ* 2004, 372 (Nationale Nederlanden/Bovemij) inzake twee aansprakelijkheidsverzekeringen; HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 324 (Aegon/Royal Nederland) eveneens een samenloop van een WAM- en een garageverzekering; HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 764 m.nt. MMM (Europeesche/OHRA) inzake samenloop van verzekeringen met een harde en met een zachte samenloopclausule; HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 580 m.nt. MMM (Nationale Nederlanden/Royal Nederland) inzake twee 'tenzij elders gedekt'-clausules in twee aansprakelijkheids-verzekeringen en HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 778 m.nt. MMM inzake samenloop van twee aansprakelijkheids-verzekeringen voor bedrijven en beroepen. Zie voorts HvJEG 25 mei 2005, *NJ* 2006, 514 m.nt. P. Vlas (GIE/Zurich España) (een op samenloop van verzekeringen gebaseerde vordering tot vrijwaring tussen verzekeraars valt niet onder de bepalingen van afdeling 3 van titel II van het EEX-Verdrag).

Partijen zijn het erover eens dat de schade exclusief gedekt is door een van beide polissen. De uitkomst van het geding is afhankelijk van het antwoord op de vraag of sprake is van verwezenlijking van het ladingrisico, gedekt door de WAM-verzekering, of van het laad- en losrisico, gedekt door de AVB-verzekering. Voor de beantwoording van de vraag welke van de twee verzekeringen dekking de schade dekt, heeft het Hof de oorzaak van de schade beslissend geacht. Indien de oorzaak van de schade gelegen is in een defect van het motorrijtuig, valt de verwezenlijking van het risico naar het oordeel van het Hof onder de door de WAM-verzekering gedekte aansprakelijkheid. Op grond van de als vaststaand aangenomen feiten is het volgens het Hof aannemelijk dat een gebrek van het voertuig (de tank/laad- en losinrichting) als de oorzaak van de schade moet worden aangewezen. Dit oordeel wordt door de Hoge Raad in stand gelaten.

Dit geval wordt beschouwd als een geval van samenloop,[45] kennelijk omdat men het schadegebeuren ziet als één feitencomplex waarop twee rechtsregels van toepassing zijn.

Al aanstonds kan worden opgemerkt dat niet twee, maar slechts één rechtsregel van toepassing is, zij het dat tussen partijen verschil van mening bestaat welke. Een geheid geval van alternatieve causaliteit. Los van deze observatie kan worden vastgesteld dat men aan samenloop niet toe komt om de eenvoudige reden dat in het geding de samenloopvraag niet aan de orde kán komen. De aangesproken assuradeur zal slechts het verweer (kunnen) voeren dat de schadeoorzaak buiten het dekkingsbereik van de polis valt. Dat de schade wellicht wordt gedekt door de polis van een andere verzekeraar, is voor de aangesproken assuradeur en voor het geding irrelevant.

Men hoede zich ervoor dit geval te beschouwen als een geval van samenloop met alternatieve werking, omdat hiervoor karakteristiek is, dat gekozen kan worden uit twee rechtsregels die *allebei gelding* hebben, terwijl dit hier evident ten aanzien van een van beide rechtsregels niet het geval is. Het hier beschreven geval wordt evenmin een geval van samenloop ingeval de beide polissen door *dezelfde* assuradeur zijn afgegeven. In dat geval is weliswaar zeker dat hoe dan ook de assuradeur zal moeten uitkeren, maar overeind blijft staan dat de schade slechts door één polis wordt gedekt. Er is pas sprake van samenloop ingeval op grond van *beide* polissen – en uiteraard maar één keer – schadevergoeding kan worden verlangd, ook indien beide polissen niet verplichten tot uitkering van hetzelfde bedrag, bijvoorbeeld omdat de ene polis een eigen risico kent voor de verzekeringsnemer en de andere niet.

---

45 Zie in dit verband de rol die in het geding is weggelegd voor de door de NVVA (Nederlandse Vereniging van Automobielassuradeuren) en de WAV (Nederlandse Vereniging van Wettelijke Aansprakelijkheids-verzekeraars) opgestelde 'Regeling inzake de samenloop van motorrijtuig- en algemene w.a. verzekering' van september 1964 en waarop de polisvoorwaarden van de beide verzekeringsovereenkomsten waren geënt. Deze regeling beoogt trouwens juist samenloop te *voorkomen*.

De hier besproken casus is nuttig, omdat hij duidelijk maakt dat het begrip feit(encomplex) een volstrekt variabele inhoud gaat krijgen ingeval samenloop niet beperkt wordt tot dezelfde rechtsbetrekking en tussen dezelfde partijen. Het hangt er maar van af hoe eng of ruim het feitencomplex wordt beschreven. Wordt de oorzaak van de schade – in de beschrijving van het feitencomplex toch niet het minst belangrijkste feit – in de beschrijving betrokken, hetgeen voor de hand ligt, dan zal de ene assuradeur bij de beschrijving van de feiten stellen dat de schade is ontstaan door een defect aan de vrachtwagen, terwijl de andere zal stellen dat de schade is ontstaan door een fout bij het laden en lossen. Deze complicatie van een uiteenlopende beschrijving van het feitencomplex wordt voorkomen door het feitencomplex te beperken tot *dezelfde* rechtsbetrekking en tussen *dezelfde* personen. En wellicht zelfs biedt dit feitencomplex voldoende aanknopingspunten om ook de producent van de vrachtwagen, de chauffeur, diens werkgever en de partner van beiden als (verhaals)aansprakelijken in beeld te brengen. Maar wat wordt gewonnen indien een verzameling van acties, gebaseerd op één gebeuren, wordt beschouwd als een geval van samenloop? Samenloop krijgt daarentegen een volkomen logische begrenzing indien hij wordt beperkt tot het geval dat tussen dezelfde partijen én in dezelfde rechtsbetrekking meer dan één rechtsregel tegelijk valabel is.

Het moge duidelijk zijn dat, in mijn perceptie, van samenloop geen sprake is ingeval een schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden.[46] Het feit dat bij het schadegebeuren twee daders zijn betrokken, brengt immers mee, dat van één en hetzelfde feitencomplex nooit sprake kan zijn.

Een fraai voorbeeld van een geval waarin de Hoge Raad met zoveel woorden, zij het ten onrechte, samenloop aanneemt in weerwil van het feit dat sprake is van twee *verschillende* rechtsfeiten(complexen) biedt zijn arrest van 13 oktober 2006.[47] Het echtpaar H. vordert in kortgeding tegen de Staat een verbod tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek in het kader van het Luxemburgse bankrekeningenproject van de Belastingdienst en een verbod om in dat verband als verdachte te worden gehoord. Daartoe stelt het zich op het standpunt dat de Inspecteur ter zake van het niet verstrekken van de door hem op de voet van art. 47 AWR aan het echtpaar verzochte inlichtingen uit hoofde van art. 69 in verbinding met art. 68 AWR reeds boeten heeft opgelegd, zodat op grond van het una via-beginsel van art. 69a AWR met betrekking tot dat feit de strafrechtelijke weg is afgesloten. De Hoge Raad verwerpt dit betoog:

'3.3.2 Bij de beoordeling van deze klacht moet het volgende worden vooropgesteld.

46 Zie voor dit geval HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351 m.nt. CJHB (Nugteren/Meskes).
47 *NJ* 2007, 291 m.nt. J.W. Zwemmer.

> De vergrijpen waarvoor de inspecteur krachtens art. 67d en 67e AWR boeten kan opleggen en waarop art. 69a AWR betrekking heeft, dienen voor de toepassing van het, mede aan laatstgenoemd artikel ten grondslag liggende, una via-beginsel te worden onderscheiden van de schending van de in art. 47 lid 1, aanhef en onder a, AWR neergelegde algemene verplichting van een belastingplichtige om aan de inspecteur, indien deze daarom vraagt, de gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de belastingheffing ten aanzien van die belastingplichtige van belang kunnen zijn. Het niet, dan wel onjuist of onvolledig doen van een aangifte is een andere gedraging dan het niet, onjuist of onvolledig verstrekken van de onder art. 47 AWR gevraagde inlichtingen. Indien echter dit laatste te wijten is aan opzet van de belastingplichtige en aangenomen moet worden dat als direct gevolg van een zodanige schending van die inlichtingenplicht te weinig belasting is geheven, is sprake van een vergrijp als bedoeld in art. 67e AWR en kan zich een samenloop voordoen van laatstgenoemde bepaling en art. 69 AWR.
> 3.3.3 De onderhavige zaak heeft op zo'n geval evenwel geen betrekking. De vergrijpen waarvoor de Inspecteur op de voet van art. 67d en 67e AWR boeten heeft opgelegd, zijn immers niet gelegen in het schenden door echtpaar H. van een of meer van de uit art. 47 lid 1 AWR voortvloeiende verplichtingen. De Inspecteur heeft, naar uit de ten processe vaststaande feiten volgt, de inlichtingen eerst gevraagd nadat en omdat hij op grond van door hem in het kader van het Rekeningenproject verkregen gegevens, een onderzoek was begonnen naar de juistheid en volledigheid van de reeds door echtpaar H. gedane aangiften en op grond daarvan vastgestelde primitieve aanslagen.
> 3.3.4 Evenmin is van belang dat de – tot de voorgenomen strafvervolging aanleiding gevende – weigering van het echtpaar de op de voet van art. 47 AWR gevraagde inlichtingen en gegevens te verstrekken, betrekking heeft op dezelfde omstandigheid (het al of niet aanhouden van tegoeden op een bankrekening bij een Luxemburgse bank), als die welke ten grondslag heeft gelegen aan de door de Inspecteur opgelegde vergrijpboeten. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, is immers voor de niet-toepassing van het una via-beginsel (en art. 69a AWR) beslissend dat de onjuiste en onvolledige aangiften, die hebben geleid tot te lage aanslagen, en de weigering om de op de voet van art. 47 AWR gevraagde informatie te verstrekken verschillende gedragingen zijn, ook al hebben die betrekking op dezelfde omstandigheid.'

Met name uit het slot van rov. 3.3.4 blijkt dat de Hoge Raad uitgaat van twee *verschillende* gedragingen, die, zo voeg ik hieraan ten overvloede nog toe, ook op totaal verschillende tijdstippen zijn verricht, namelijk enerzijds het doen van onjuiste belastingaangiften over een reeks van jaren en anderzijds, lange tijd nadien, de weigering te antwoorden op vragen van de belastinginspecteur. In zo'n geval is samenloop niet aan de orde. Deze situatie verschilt niet van het geval dat A vanwege dezelfde aanleiding eerst een ruit van B ingooit en later ook nog eens diens auto bekrast. Wat is de zin om in zo'n geval samenloop aan te nemen?

Evenmin een geval van samenloop is art. 3:229 BW. Ingevolge deze bepaling brengt een recht van pand of hypotheek van rechtswege mede een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats treden van het

verbonden goed. Is bijvoorbeeld een hypotheek gevestigd op de grond en raakt de hierop staande opstal beschadigd doordat een vrachtwagen hiertegen aanbotst, dan heeft de hypotheekhouder naast zijn recht van hypotheek een recht van pand op de vordering die de hypotheekgever heeft op (de assuradeur van) de schadeveroorzaker en op degenen die voor deze kwalitatief aansprakelijk zijn. Hier is geen sprake van samenloop, omdat het verschillende rechtsverhoudingen betreft en ook de feitencomplexen die ten grondslag liggen aan de beide zekerheidsrechten verschillend zijn. Het enige wat ze gemeen hebben is dat het zekerheidsrecht rust op een goed dat aan hetzelfde rechtssubject toebehoort, maar dit is onvoldoende om samenloop aan te nemen.

Ik geef de voorkeur aan samenloop van rechtsregels[48] boven samenloop van wetsbepalingen, omdat de laatste aanduiding minder adequaat is voor het geval dat één – of meer – van de toepasselijke rechtsregels zijn grondslag niet vindt in de wet, maar in het ongeschreven recht, zoals bijvoorbeeld in het IPR meer dan eens het geval is, in door partijen zelf gecreëerde regels – CAO's,[49] statuten,[50] reglementen[51] of algemene voorwaarden[52] – of in het internationale recht.[53] Ten slotte bestaat in de sfeer van de sport, het verenigingsleven of beroepsorganisaties e.d. de mogelijkheid van samenloop van tuchtrechtelijke regels enerzijds en strafrecht of privaatrecht anderzijds.[54] Sommige daarvan hebben het karakter van wetgeving zoals de op de Advocatenwet gebaseerde tuchtregeling.

---

48 Deze aanduiding wordt gebruikt door onder anderen: A-G Hartkamp in zijn conclusie, sub 8, voor HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54 m.nt. CJHB (Donkers/Scholten); A-G Huydecoper in zijn conclusie, sub 6, voor HR 23 januari 2004, *NJ* 2004, 224 (Central Buyers/De Oliveira); A-G Timmerman in zijn conclusie, sub 2.10, voor HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer (Nutsbedrijf Westland/S. c.s. en J.H. Nieuwenhuis, a.w., p. 3, l.k.

49 Zie HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 222 m.nt. GHvV (ROC Zeeland/Dekker) inzake samenval van ziekte- of zwangerschapsverlof met vakantieverlof. Zie voor het vervolg hiervan: HR 7 maart 2007, *RvdW* 2007, 318. Zie voor de samenloop: W.J.P.M. Fase, *C.a.o.-recht*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1982, p. 64-67; W.J.P.M. Fase, 'De wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers', *SMA* 1983, p. 359, en C.E.M. Schutte, *Overzicht van het cao-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 50-52.

50 Vergelijk HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 367 (Hoogstra/Schelwald).

51 HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 367 ontloopt de vraag van samenloop van rechtsregels in de statuten en reglementen van de VvE met een vordering uit onrechtmatige daad door zijn uitleg van 's Hofs arrest.

52 Zie HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk c.s.) inzake de uitleg van de NVM-voorwaarden en waarin overwogen dat art. 5.4 van deze voorwaarden op geen enkele wijze afbreuk doet aan de garantie in art. 5.3.

53 Zie voor een geval van samenlopende verdragsverplichtingen: HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277 m.nt. A.H. Klip.

54 Zie R.P.J.L Tjittes, 'Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid', *AA* 1995, p. 102-109. Zie voor samenloop met tuchtrecht: HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 9 (Biemans/Theeuwes c.s.); HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151 (NTK/Paardekooper & Hoffman); HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance) en HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 420 m.nt. MMM, waarin expliciet wordt verwezen naar een uitspraak van het Hof van Discipline.

Daarom lijkt mij onjuist de opvatting van Boukema[55] dat vragen van samenloop in feite vragen zijn van wetsinterpretatie. Uit het voorgaande volgt dat samenloop niet uitsluitend beperkt is tot recht in de zin van 79 lid 1 sub b Wet RO.

4 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Samenloop doet zich uitsluitend voor wanneer voor *hetzelfde* rechtsfeit(encomplex) tussen *dezelfde* rechtssubjecten én in *dezelfde* rechtsbetrekking verschillende rechtsregels *tegelijk* van toepassing zijn.
De consequentie van de aldus getrokken grenzen is dat samenloop niet aan de orde is ingeval:

a hij betrekking heeft op iets anders dan *rechtsregels,* waaronder mede zijn te begrijpen door partijen zelf gecreëerde regels;
b van *exclusieve* werking van een rechtsregel;
c van schijnsamenloop;
d het rechtsfeit(encomplex) tevens rechtsbetrekkingen met een of meer *andere* rechtssubjecten omvat;
e de verschillende rechtsregels niet betrekking hebben op *hetzelfde* rechtsfeit(encomplex);
f de verschillende rechtsregels niet *dezelfde* rechtsbetrekking raken;
g de verschillende rechtsregels niet *tegelijk* valabel zijn (pseudo-samenloop);
h de verschillende rechtsregels niet *tegelijk* werking hebben (opvolging van rechtsmomenten).

Sommige van de hier genoemde afgrenzingen zullen samenlopen.

De toepasselijke rechtsregels kunnen wortelen in het (inter)nationale geschreven en ongeschreven recht alsmede in partijregelingen zoals CAO's, algemene voorwaarden, statuten en reglementen en zijn derhalve niet steeds recht in de zin van 79 lid 1 sub b Wet RO. Om deze reden is de aanduiding samenloop van *rechts*regels als gemeenschappelijke noemer van samenloop weliswaar niet geheel adequaat, maar desondanks te verkiezen boven het alternatief: samenloop van regels, omdat zij inmiddels als jargon is ingeburgerd terwijl het alternatief veel te ruim is en hierdoor een verkeerd beeld oproept.

Samenloop is door zijn aard en begrenzing van bescheiden betekenis voor het vermogensrecht, maar het is een miskenning het verschijnsel af te doen als overbodig en slechts een duur etiket voor uitleg.

55 C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 6.

2 Exclusiviteit

I.S.J. Houben▪

1 INLEIDING

Samenloop wordt door Boukema als volgt omschreven: als op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtsstelsel voor toepassing in aanmerking komen.[1] Ik beperk mij in deze bijdrage tot samenloop van wettelijke rechtsregels en daarbij beperk ik mij dan ook nog tot het BW.

In beginsel is er niets op samenloop tegen. Er is niets op tegen dat meerdere rechtsregels op casus kunnen worden toegepast. Het uitgangspunt bij samenloop is niet voor niets cumulatie van rechtsregels. Problemen ontstaan dan ook pas indien cumulatie niet mogelijk is.[2]

Bij vragen van samenloop – in de beperkte omschrijving die ik daar in deze bijdrage voor gebruik – gaat het dan ook uiteindelijk om de vraag hoe moet worden bepaald welke wetsbepaling wel in de betreffende casus rechtsgevolg krijgt en welke niet. Snijders spreekt in dit verband over vuistregels, Boukema heeft het over geldingsregels, Brunner noemt ze voorrangsregels.[3] De algemene regels over samenloop, de vuistregels, zijn jurisprudentiële regels; de wet kent dergelijke vuistregels niet.[4] Wel spreekt de wetgever zich incidenteel met betrekking tot een bepaald wetsartikel uit over de exclusiviteit daarvan ten opzichte van een ander artikel of juist – en dat is dan eigenlijk ten overvloede – over de toepasselijkheid van beide artikelen.[5]

In deze bijdrage richt ik mij op exclusieve werking van rechtsregels. Op grond waarvan wordt besloten wanneer de ene regeling dwingend voorrang krijgt boven de andere regeling? In welk geval wordt één weg afgesloten? Traditioneel worden om exclusiviteit aan te nemen een vuistregel en een

---

▪ I.S.J. Houben is universitair hoofddocent burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Ik ben Kasper Jansen en Luuk Reurich zeer erkentelijk voor hun commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1 C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 1. Vgl. ook Brunner: Van samenloop spreekt men, als op één rechtsfeit verschillende normen van objectief recht van toepassing kunnen zijn. C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop,* Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 1.

2 Vgl. Brunner 1984, p. 1

3 Boukema 1992, p. 4-5; W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.,' in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 453-454.

4 Brunner 1984, p. 9.

5 Zie Brunner 1984, p. 9 en Snijders 1973, p. 454.

criterium gehanteerd. De vuistregel is dat cumulatie en alternativiteit uitgangspunt zijn en dat exclusiviteit (dus) uitzondering is. Het criterium om exclusieve werking van een wetsbepaling aan te nemen is dat de wet exclusiviteit voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.

Ik ben echter van mening dat er nog een andere wijze is om exclusiviteit te bezien. Exclusiviteit kan volgens mij namelijk in twee categorieën worden ingedeeld, waarbij in de eerste categorie een *vordering* exclusief werkt ten opzichte van een andere vordering, terwijl in de tweede categorie *het resultaat*, het rechtsgevolg, exclusief werkt. In de tweede categorie worden vordering en rechtsgevolg ten dele ontkoppeld. Alvorens hier nader op in te gaan, begin ik echter met de uitgangspunten bij samenloop: cumulatie en alternativiteit.

2 Cumulatie en alternativiteit

Het uitgangspunt bij samenloop is cumulatie: beide wetsbepalingen zijn van toepassing. Daarmee gaat logischerwijze gepaard het uitgangspunt van alternativiteit: de rechthebbende mag kiezen welke van beide wetsbepalingen hij inroept. Deze keuze is overigens alleen noodzakelijk indien de rechtsgevolgen van de wetsbepalingen elkaar uitsluiten en dus niet allebei tegelijkertijd kunnen worden ingeroepen. Tegelijkertijd vervangende schadevergoeding en nakoming van de overeenkomst vorderen is logischerwijze niet mogelijk en dus zal de rechthebbende een keuze moeten maken tussen deze twee alternatieven. Er doemt hier een T-splitsing op: de chauffeur kan linksaf en rechtsaf slaan en mag zelf kiezen welke weg hij neemt (dus op welke bestemming hij wil arriveren).

De achterliggende gedachte van cumulatie en alternativiteit is dat iedere rechtsregel zoveel mogelijk tot zijn recht dient te komen.[6]

De genoemde vuistregels betreffende cumulatie en alternativiteit zijn afkomstig uit de jurisprudentie. Twee standaardarresten waarin het cumulatiebeginsel wordt benadrukt stammen uit de jaren '50: Erba/Amsterdamse bank[7] en Bertha/Revenir.[8]

De vuistregel dat indien sprake is van samenloop en cumulatie niet mogelijk is, de rechthebbende de keuze heeft, werd bevestigd in het arrest Bramer/Hofman.[9] Daarin was de vraag aan de orde of bepalingen in algemene voorwaarden behoren te worden getoetst aan art. 6:233 sub a BW (onredelijk bezwarendheid van bedingen), of dat daarnaast toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk is.

6 Snijders 1973, p. 454.
7 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514.
8 HR 6 maart 1959, *NJ* 1959, 349.
9 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112.

Cumulatie van artikel 6:233 sub a en 6:248 lid 2 BW is niet mogelijk, omdat de rechtsgevolgen dat uitsluiten: een beding kan niet zowel worden vernietigd als buiten toepassing worden gelaten (waar het in dat laatste geval een geldig beding blijft en derhalve in toekomstige gevallen eventueel wel kan worden toegepast). De hoofdregel is, aldus ook de Hoge Raad, dat cumulatie en alternativiteit de uitgangspunten zijn en exclusiviteit de uitzondering.

Op zichzelf is een arrest waarin de Hoge Raad concludeert tot alternativiteit (en niet tot exclusiviteit), gezien de bovengenoemde vuistregel, niet opmerkelijk. Een opvallend aspect in het geval Bramer/Hofman was evenwel dat in de parlementaire geschiedenis artikel 6:233 sub a BW uitdrukkelijk wel tot lex specialis – met exclusieve werking – ten opzichte van 6:248 lid 2 BW werd bestempeld.[10] De Hoge Raad laat hier derhalve de vuistregel uit de jurisprudentie prevaleren boven de parlementaire geschiedenis.

3 EXCLUSIVITEIT

3.1 Inleiding

Exclusiviteit wordt op verschillende wijzen omschreven: '(…) dat de bijzondere rechtsnorm de algemene verdringt',[11] 'dat de ene regel de andere verdringt', 'dat het toepassingsgebeid van de ene rechtsregel door dat van de andere wordt ingeperkt',[12]'(…) dat slechts een van meerdere in aanmerking komende normen toegepast mag worden, (…)',[13] of 'De ene regel stelt de andere buiten werking.'[14]

Exclusiviteit wordt vaak gekoppeld aan het adagium *lex specialis derogat legi generali*, maar dat is ten onrechte, omdat dit adagium eigenlijk door niemand wordt aangehangen. Het is te grof om bruikbaar te kunnen zijn.[15] Er zijn gevallen waarin het wel opgaat, maar die gevallen voldoen aan bepaalde voorwaarden, waarover hierna meer.

In geval van samenloop van wettelijke regelingen kan van exclusieve werking slechts sprake zijn *indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt*. Dit is door de Hoge Raad uitgesproken in het hiervoor reeds genoemde arrest Erba/Amsterdamsche Bank,[16] en nadien nog vele malen bevestigd,[17]

10 *Parl. Gesch.* Inv. Boek 6, p. 1596 en 1621.
11 Boukema 1992, p. 13.
12 Snijders 1973, p. 454.
13 Brunner 1984, p. 13.
14 M. Polak, 'Samenloop van rechtsregels bij gebrekkige levering uit koop', *AA* 1983, p. 218 e.v.
15 Vgl. Brunner 1984, p. 14-15.
16 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514.
17 Zie onder meer: HR 6 maart 1959, *NJ* 1959, 349 (Bertha/Revenir); HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 (AVO/Petri).

recent nog in een uitspraak over de verdeling van de gemeenschap.[18] Uit de formulering van het criterium kan al worden opgemaakt dat exclusiviteit niet spoedig wordt aangenomen.[19]

Het is niet eenvoudig te bepalen in welk (uitzonderings)geval van exclusiviteit sprake is. In de eerste plaats is het bovengenoemde criterium niet altijd eenvoudig toepasbaar, een punt dat in de volgende paragraaf aan de orde komt Er is echter nog een punt dat zorgt voor verwarring als het gaat om exclusiviteit.

Verwarrend is dat er ten minste twee vormen van exclusiviteit bestaan, die bij mijn weten niet als afzonderlijke categorieën worden benoemd. De eerste categorie is die waarbij op de T-splitsing bij een van beide routes een verboden in te rijden bord staat. Binnen de tweede categorie mag de chauffeur beide routes nemen, maar kan hij via een van de twee routes niet naar de gewenste eindbestemming komen. Hij wordt omgeleid naar de andere bestemming. Ik signaleer dus twee 'verkeersregels' betreffende exclusiviteit: de verkeersregel waarbij een route wordt afgesloten en de verkeersregel waarbij een gewenste bestemming wordt afgesloten. In paragraaf 3.3 ga ik op deze categorisering nader in. Eerst besteed ik aandacht aan het criterium 'exclusieve werking indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt'.

3.2 Exclusieve werking indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt

Recent nog toetste de Hoge Raad of er sprake was van exclusiviteit aan bovengenoemd criterium.[20] In lijn met het uitgangspunt dat exclusiviteit uitzondering is, werd in de betreffende zaak geen exclusiviteit aangenomen. Ik bespreek het arrest hier toch, niet vanwege de uitkomst, maar om de toepassing van het criterium aanschouwelijk te maken.

Voor een goed begrip van de zaak, schets ik kort de feiten. Partijen waren in algehele gemeenschap van goederen getrouwd. Na de echtscheiding moet deze gemeenschap worden verdeeld, waartoe een convenant is gesloten. De verdelingsakte is gepasseerd op 14 oktober 1993. In 2001 laat de vrouw conservatoir beslag leggen op de aan de man toebehorende roerende en onroerende zaken.

De vrouw is namelijk van mening dat de man ten tijde van het sluiten van het convenant over een aanzienlijk vermogen beschikte dat in de huwelijksgoederengemeenschap viel, maar dat hij verborgen heeft gehouden. Zij vordert op grond van artikel 6:162 BW schadevergoeding wegens misleiding, althans misbruik van omstandigheden, bij de totstandkoming van het convenant.

18 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62.
19 Vgl. Brunner 1984, p. 26.
20 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62.

De man verweert zich onder meer met een beroep op artikel 3:200 BW: de bevoegdheid om een gemaakte verdeling te vernietigen vervalt drie jaren na de verdeling. Die termijn is in 2001 reeds lang verstreken.

Rechtbank en hof achten het verweer gebaseerd op artikel 3:200 BW gegrond en bestempelen daarmee in dit geval de vervaltermijn uit die bepaling als exclusief werkend. De Hoge Raad is een andere mening toegedaan en casseert. Hij bepaalt dat de vervaltermijn van artikel 3:200 BW er niet aan in de weg staat dat een vordering op grond van artikel 6:162 BW wordt ingesteld. De Hoge Raad zegt over de vraag of artikel 3:200 BW exclusieve werking heeft ten opzichte van artikel 6:162 BW het volgende:

> '4.2 (…) De bewoordingen waarin art. 3:200 is gesteld bieden geen enkele steun aan een bevestigend antwoord daarvan. Bovendien pleit de aard van de desbetreffende bepaling – een vervaltermijn – tegen analoge toepassing of reflexwerking daarvan buiten het toepassingsgebied van titel 3.7, waarvan deze bepaling onderdeel uitmaakt. Voorts heeft de in art. 3:196 geregelde bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling, waarvan de uitoefening is gebonden aan de vervaltermijn van art. 3:200, een heel andere strekking dan art. 6:162 dat degene die jegens een ander een onrechtmatige daad heeft gepleegd, verplicht tot schadevergoeding. En ten slotte zijn bij de vernietiging van een verdeling niet alleen de belangen van partijen, maar ook die van derden betrokken; in dit licht dient de vervaltermijn van art. 3:200 de rechtszekerheid. Een op art. 6:162 gebaseerde vordering echter raakt in beginsel alleen de belangen van partijen; het belang van de rechtszekerheid is daarbij in mindere mate betrokken. Art. 3:200 moet op grond van dit alles aldus worden uitgelegd dat deze bepaling niet eraan in de weg staat dat na het verstrijken van de daarin genoemde vervaltermijn door de ene deelgenoot tegen de andere alsnog een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld.'

Artikel 3:200 BW geldt dus alleen voor de vernietiging van de verdeling, niet ook voor een vordering tot schadevergoeding.[21] Interessanter dan deze uitkomst, is de wijze waarop de Hoge Raad hiertoe komt.[22] Hij begint met de *bewoordingen* van artikel 3:200 BW; die geven geen indicatie dat de vervaltermijn ook geldt voor andere vorderingen dan de vordering tot vernietiging. Hij vergelijkt vervolgens artikel 3:200 (en 3:196) BW met artikel 6:162 BW. Daarbij gaat hij in op de aard van artikel 3:200 BW: het is een vervaltermijn. Dit is een vrij verstrekkend instrument en zou daarom niet moeten worden toegepast buiten titel 3.7. En verder is de *strekking* van een vervaltermijn een geheel

21 Meijer ging hier al van uit, haar opvatting is nu bevestigd. W.R. Meijer, *De afwikkeling van een huwelijksgemeenschap*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 128. Nuytinck verdedigt in zijn annotatie bij het onderhavige arrest dat de artikelen 3:195 lid 2 en 3:200 BW slechts mee brengen dat de verdeling in goederenrechtelijke zin onaantastbaar is geworden, maar een obligatoire aanspraak niet uitsluiten. A.J.M. Nuytinck, 'Samenloop in het verdelingsrecht', *AA* 2007, p. 515-519.

22 Zie hierover ook K.J.O. Jansen, 'De vervaltermijn van art. 3:200 BW en een vordering uit onrechtmatige daad', *MvV* 2007, p. 40-42.

andere dan een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Bovendien, een van de redenen dat er een vervaltermijn in 3:200 BW is opgenomen, is dat de vernietiging van een verdeling, onder andere vanwege de goederenrechtelijke consequenties, ook rechten van derden raakt. Daarom is de rechtszekerheid ermee gediend dat de deelgenoten niet 'eindeloos' na de verdeling nog zouden kunnen vernietigen. Derden zouden anders tot in lengte van jaren afhankelijk zijn van wat de deelgenoten doen.[23] Bij een vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 6:162 BW zijn in beginsel geen rechten van derden betrokken, zodat dit argument niet opgaat.

De Hoge Raad toetst in dit arrest of artikel 3:200 (en 3:196) BW exclusiviteit onontkoombaar meebrengt, het tweede element van het criterium om exclusiviteit aan te nemen, al noemt hij dit criterium niet. A-G Strikwerda loopt de twee elementen wel met zoveel woorden na:

> '13. Al aangenomen dat in het onderhavige geval de toepassingsgebieden van de regeling van art. 3:196 lid 1 BW en van de regeling van art. 6:162 BW elkaar (gedeeltelijk) overlappen en dus van samenloop sprake is, geeft de wet niet aan dat de regeling van art. 3:196 lid 1 BW bij samenloop ten opzichte van de regeling van art. 6:162 BW exclusieve werking heeft. Dit geldt met name ook voor de vervaltermijn van art. 3:200 BW; de vervaltermijn is volgens de bewoordingen van het artikel slechts van toepassing op een rechtsvordering tot vernietiging van een verdeling.
> 14. Brengt de wet bij samenloop exclusiviteit van de regeling van art. 3:196 lid 1 BW ten opzichte van art. 6:162 BW onvermijdelijk mee? Of anders gezegd: heeft het toekennen van de rechten in art. 3:196 lid 1 BW aan de bij een verdeling benadeelde partij en de daaraan verbonden vervaltermijn van art. 3:200 BW de strekking haar de rechten te ontnemen die de wet haar elders, meer bepaald in art. 6:162 BW, ook na ommekomst van de termijn van art. 3: 200 BW, op grond van onrechtmatig handelen van de andere bij de verdeling betrokken partij(en) toekent?'

Het antwoord op deze laatste vraag luidt ontkennend en er is derhalve geen sprake van exclusiviteit van artikel 3:200 ten opzichte van artikel 6:162 (en 3:310) BW.

Zoals geïllustreerd in het zojuist besproken arrest, dient om te bepalen of een wettelijke regeling exclusief werkt ten opzichte van een andere regeling aan de hand van het criterium 'dat de wet exclusiviteit onontkoombaar meebrengt', de strekking van beide regelingen te worden bekeken. Daarbij kan niet zonder meer worden gesteld dat een beperktere regeling exclusief werkt ten opzichte van de algemene regeling. De eerste horde die daarbij moet worden genomen is de kwalificatie: zijn er wel een bijzondere en een algemene regeling te onderscheiden?

Vervolgens is van belang om de reden van de beperking in ogenschouw te nemen. Die reden kan zijn om de belanghebbende *minder* rechten te ver-

23 Lammers (*Vermogensrecht*), art. 200, aant. 2.

lenen. In dat geval zal inderdaad de meer beperkende regeling als lex specialis gelden. Gedachte daarvan is dat indien exclusiviteit niet zou worden aangenomen, de beperking nooit zou worden uitgevoerd, omdat de belanghebbende zich dan altijd op de algemene regeling zou beroepen, die hem ruimere mogelijkheden biedt.[24] De bijzondere regeling verwordt dan tot een dode letter en de gewenste beperking (dat die gewenst is, is onderzocht bij het onderzoek naar de strekking van de regeling) wordt niet bereikt.

Het is echter ook mogelijk dat de wetgever een bijzondere regeling creëert om de rechthebbende meer specifieke aanspraken te bieden. Dan is de bedoeling dus om de algemene wettelijke regeling aan te vullen met een specifieke regeling. In dat geval is de strekking van de bijzondere regeling nu juist niet om exclusief te zijn.[25]

Punt hierbij is overigens weer dat vaak de bijzondere regeling ten dele een meer beperkte strekking heeft, maar in ander opzicht weer ruimer is. Dit is bij de regeling van de vernietiging van de gemeenschap bijvoorbeeld het geval bij de uitsluiting van de algemene dwalingsregeling (zie daarover de volgende paragraaf). Het adagium *lex specialis derogat legi generali* is dus alleen juist indien de rechtsgevolgen van de bijzondere regeling in alle opzichten ongunstiger zijn voor degene die daaraan rechten ontleent.[26]

3.3 Een nadere indeling van gevallen van exclusiviteit

Zoals in de voorgaande paragraaf aan de orde kwam is niet steeds op het eerste gezicht bepaalbaar of een wetsartikel exclusieve werking moet krijgen. Naar mijn mening is een van de oorzaken hiervan, dat er twee te onderscheiden categorieën van exclusiviteit zijn, die niet altijd als zodanig worden herkend. Bovendien zal de tweede hier te bespreken categorie niet door iedereen als exclusiviteit worden beschouwd, maar als analoge toepassing of reflexwerking van een wetsbepaling worden aangemerkt.

3.3.1 Eerste categorie van exclusiviteit: route afgesloten

De eerste vorm van exclusiviteit doet zich voor als een wetsbepaling door de wetgever of in de rechtspraak buiten toepassing wordt verklaard. Hier staat op de T-splitsing duidelijk een verboden in te rijden bord bij een van beide routes. Een rechtsvordering die op zichzelf in de betreffende casus had kunnen worden ingesteld, wordt buiten toepassing verklaard. Dit is bijvoorbeeld het

24 Zie ook Brunner 1984, p. 29-30; Boukema 1992, p. 13.

25 Brunner 1984, p. 15. Brunner geeft het voorbeeld van 31 WVW (oud), het huidige art. 185 WVW, dat geldt als extra bescherming voor de voetganger of fietser en daarmee als aanvulling van art. 6:162 BW en niet als beperking daarvan.

26 Brunner 1984, p. 21.

geval in artikel 3:199 BW dat bepaalt dat op een verdeling van de gemeenschap de artikelen 6:228-230 (de 'algemene' dwalingsregeling) niet van toepassing zijn.[27] Titel 3.7 over de gemeenschap kent namelijk een eigen dwalingsbepaling in artikel 3:196 BW. De bewoordingen *niet van toepassing* geven al aan dat het hier gaat om het verboden in te rijden bord op de kruising. Dit is door de Hoge Raad nog niet zo lang geleden bevestigd in de volgende zaak.[28]

HR 28 april 2006, over artikel 3:196 BW in verhouding tot artikel 6:228 BW
Het betreffende arrest gaat over de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap na echtscheiding. Tot de huwelijksgemeenschap behoorden aandelen in een BV. Partijen hebben de waarde in onderling overleg vastgesteld op 3 miljoen gulden.

Op 28 februari 2001 is de notariële akte van verdeling verleden. Op 26 februari 2002 roept de vrouw vernietiging van de overeenkomst van verdeling in. De vrouw stelt te hebben gedwaald bij het sluiten van de overeenkomst tot verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap en bij die verdeling voor meer dan één vierde te zijn benadeeld. Zij voert daartoe aan dat zij vijf dagen na de ondertekening van de akte van verdeling uit de pers heeft vernomen dat de BV aan de Kennemervis Groep BV is verkocht. Zij heeft de ex-echtgenoot diverse malen gevraagd haar in te lichten over de verkoopprijs, maar hij weigert die informatie aan haar te verschaffen.

Het hof past de maatstaf van artikel 6:228 lid 1 sub b BW toe: heeft de man een mededelingsplicht jegens de vrouw geschonden (specifiek: had hij de vrouw over de verwachte overname moeten inlichten)? Het hof vindt van niet. Volgens de Hoge Raad is de verkeerde maatstaf aangelegd. Het gaat immers niet om artikel 6:228 lid 1 sub b, maar om artikel 3:196 BW:

> '3.4 (…) Bepalend voor die vernietiging is immers slechts of de vrouw toen zij instemde met een verdeling van de gemeenschap waarin de aandelen in de Holding voor een waarde van ƒ 3.000.000 werden opgenomen en aan de man toegedeeld, heeft gedwaald omtrent de waarde van die aandelen en daardoor voor meer dan een vierde is benadeeld.'

De wetgever heeft voor de vernietiging van een verdeling bewust een afwijking gemaakt van het algemene verbintenissenrecht en een exclusieve regel ingesteld. Het motief hiervoor is te vinden in de parlementaire geschiedenis. Het gaat om de bescherming van een eenmaal gemaakte verdeling.[29] De verdeling van een gemeenschap betreft bijvoorbeeld een nalatenschap of, zoals hier, een ontbonden huwelijksgemeenschap. Deze verdeling komt, aldus de parlementai-

27 Via de schakelbepaling artikel 6:216 BW zou artikel 6:228 BW in principe van toepassing kunnen zijn.
28 HR 28 april 2006, *RvdW* 2006, 449.
29 Zie *Parl. Gesch.* Inv. Boek 3 BW, p. 1308-1309.

re stukken, in de praktijk lang niet altijd zonder problemen tot stand en het is dan van belang dat een eenmaal gemaakte verdeling niet te makkelijk kan worden vernietigd. De gedachte is dat na de verdeling de deelgenoten ook niet meer met elkaar te maken moeten hebben.[30] Bovendien krijgt de rechtszekerheid veel nadruk vanwege de goederenrechtelijke consequenties van aantasting van een verdeling.

Een ander motief voor de regeling is geweest om recht te doen aan de verhouding tussen de deelgenoten. Zij zijn in beginsel ieder voor gelijke delen gerechtigd in een gemeenschap. Een afwijking van die gerechtigdheid voor gelijke delen is wel toegestaan, maar indien de afwijking meer dan een kwart bedraagt, treedt het wettelijk vermoeden in dat sprake is van benadeling, volgens artikel 3:196 lid 2 BW. Daarbij past de 'grove' maatstaf van een kwantitatief argument: dwaling voor meer dan een vierde van de waarde geeft de mogelijkheid tot vernietiging. De meer subtiele afweging tussen informatie- en onderzoeksplicht, de rol van verkeersopvattingen, en overige wegingsfactoren bij artikel 6:228 BW, doen hier bewust niet ter zake. Bovendien kan een beroep op vernietiging van de gemeenschap wegens dwaling alleen worden gegrond op een dwaling met betrekking tot de waarde van de gemeenschap. Eventuele andere onderwerpen waaromtrent is gedwaald bij de verdeling vallen niet onder de omschrijving van artikel 3:196 BW en kunnen daarom niet tot een beroep op dwaling leiden. Het beroep op dwaling van artikel 3:196 BW is dus enerzijds beperkter dan dat van artikel 6:228 BW, maar anderzijds ook eenvoudiger: er hoeft door de dwalende minder te worden aangetoond.

Het is de vraag of hier van een lex specialis moet worden gesproken: de criteria zijn *anders*, niet louter meer beperkt. De wetgever heeft het echter niet op vragen over wel of geen toepassing van het adagium 'lex specialis derogat legi generali' laten aankomen en heeft de exclusiviteit in de wettekst (3:199 BW) opgenomen.

Een gevalstype dat eveneens in deze eerste categorie van exclusiviteit valt, is de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad. Daarbij speelt een belangrijke jurisprudentiële vuistregel een rol. Dit betreft een tweede jurisprudentiële vuistregel wat betreft exclusiviteit, naast de vuistregel dat exclusiviteit uitzondering is. Voorop gesteld wordt dat een vordering op grond van wanprestatie niet in de weg staat aan een vordering uit onrechtmatige daad, wanneer onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is gehandeld. Ofschoon deze regel wordt geformuleerd als: 'cumulatie mogelijk, tenzij', is de uitwerking net andersom. Alleen indien de gedraging los van de schending van de contractuele verplichting als onrechtmatig kan worden beschouwd, is een vordering ex artikel 6:162 BW mogelijk. In alle andere gevallen, waar de vordering uit wanprestatie en onrechtmatige

30 W.R. Meijer, *Kiezen of delen. Enkele beschouwingen over de boedelscheiding* (oratie Heerlen), Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1986, p. 32-33; Lammers (*Vermogensrecht*), art. 196, aant 3.

daad 'over elkaar vallen', is de buitencontractuele route afgesloten: er staat een stopbord op de kruising. In de volgende paragraaf zal dat ook blijken.

3.3.2 Tweede categorie van exclusiviteit: gewenste bestemming niet bereikbaar

De tweede categorie van exclusiviteit is die waarin een bepaalde bestemming en niet de route wordt afgesloten. De eiser mag kiezen op welke grondslag hij zijn vordering wil baseren, maar het door hem gewenste rechtsgevolg (bijvoorbeeld het hoogste bedrag aan schadevergoeding) kan niet worden bereikt. De casus uit het arrest gebrekkige ladder Althuisius vormt hiervan een voorbeeld.[31]

Bos leent een ladder van Althuisius. Terwijl Bos langs de ladder naar beneden klimt, breken de bomen van het bovenste deel van de ladder. Bos breekt beide hielbenen en raakt hierdoor arbeidsongeschikt.

De vraag was nu of artikel 7A:1790 BW exclusief op de aansprakelijkheid van Althuisius van toepassing was, of dat de vordering ook op artikel 6:173 BW (gebrekkige zaken) kon worden gegrond. Dit was van belang omdat artikel 7A:1790 BW bepaalt dat de uitlener slechts aansprakelijk is voor het geval dat hij het gebrek heeft gekend en de gebruiker daarvan niet in kennis heeft gesteld. Artikel 6:173 BW legt een risicoaansprakelijkheid op de bezitter van een gebrekkige zaak, ook indien de bezitter niet van het gebrek af wist. Althuisius kende het gebrek niet en is dus op grond van artikel 7A:1790 BW niet aansprakelijk, maar zou dat op grond van artikel 6:173 BW wel zijn.

In cassatie werd aangevoerd dat artikel 7A:1790 BW niet in de weg staat aan een vordering uit onrechtmatige daad, wanneer onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is gehandeld.

Dit middel slaagt niet. De Hoge Raad oordeelt:

> '3.3 (…) De strekking van het bepaalde in art. 1790 brengt mee dat, nu – zoals het Hof heeft overwogen – door Bos niet is gesteld en evenmin is gebleken dat enig ander feit dan juist een gebrek van de uitgeleende zaak oorzaak van het ongeval is geweest, die bepaling hier bij uitsluiting van toepassing is. Art. 1790 strekt immers ertoe de uitlener die een zaak om niet aan een ander ten gebruike geeft, alleen aansprakelijk te houden voor de schadelijke gevolgen van een gebrek van de zaak, indien hij dat gebrek kende maar de gebruiker van het bestaan ervan niet in kennis heeft gesteld. Die strekking verzet zich tegen de toepasselijkheid van de bepalingen ter zake van onrechtmatige daad, *voor zover deze uitgaan van een verdergaande aansprakelijkheid voor gebreken van een zaak*.'

Brunner vermeldt in zijn noot bij dit arrest – instemmend – dat de Hoge Raad zijns inziens niet zegt dat de lener niet uit onrechtmatige daad kan ageren, maar alleen dat de aansprakelijkheid van de uitlener ook dan niet verder gaat

31 HR 22 november 1996, *NJ* 1998, 567.

dan die uit artikel 7A:1790 BW. De betreffende passage uit het arrest heb ik hier gecursiveerd.

Dat de beperking uit de ene regel ook geldt indien een beroep wordt gedaan op de andere regel, komt echter pas aan de orde, indien is vastgesteld dat in beginsel beide regels mogen worden toegepast. Met andere woorden: er moet sprake zijn van een exclusiviteitsregel die valt onder het casustype: route toegestaan, gewenste bestemming niet. Indien op de T-splitsing een 'verboden in te rijden' bord staat, wordt aan de vraag of de beperkingen van de ene regel ook gelden voor de andere regel niet toegekomen.

Ook dit kan weer worden geïllustreerd aan de hand van een recent arrest van de Hoge Raad.[32]

HR 2 maart 2007, over artikel 7:661 BW in verhouding tot artikel 6:162 BW

Werknemers van het bedrijf NBW plegen fraude. Zij worden met onmiddellijke ingang ontslagen. NBW vordert vergoeding van de schade die zij door de fraude heeft geleden. Volgens NBW moet de vordering worden gebaseerd op onrechtmatige daad en niet op de – beëindigde – arbeidsovereenkomst. In dat laatste geval gelden respectievelijk artikel 2:9 en 7:661 BW. Een bestuurder is pas aansprakelijk ex artikel 2:9 BW indien hem van zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt.[33] Artikel 7:661 BW bepaalt dat pas indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, hij jegens de werkgever aansprakelijk is voor de door hem toegebrachte schade. Deze contractenrechtelijke bepalingen leiden in dit geval derhalve minder snel tot aansprakelijkheid dan artikel 6:162 BW.

De rechtbank wijst de vordering af: het handelen van de ex-werknemers kan niet los worden gezien van hun hoedanigheid (werknemers respectievelijk bestuurder) en dus van de contractuele relatie tussen hen en NBW. Dit zijn daden die verband houden met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De grondslag voor schadevergoeding is dan contractenrechtelijk. De vordering is echter exclusief gegrond op onrechtmatige daad en daarom niet toewijsbaar, aldus de rechtbank.

Het hof redeneert dat nu de maatstaf van de contractenrechtelijke bepalingen aanzienlijk stringenter is dan de algemene onrechtmatige daadsvordering, de contractenrechtelijke bepalingen het karakter hebben van een lex specialis die niet omzeild mag worden door op ruimere grondslag te procederen. Daarbij komt dat de vordering gebaseerd op 6:162 BW – letterlijk – in eerste instantie door de rechtbank wordt behandeld, terwijl de vordering gegrond op de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter thuis hoort.

Volgens de Hoge Raad dient echter eerst de vraag te worden beantwoord of onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een

32 HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240.

33 Zo is in de rechtspraak uitgemaakt, zie punt 2.11 conclusie A-G Timmerman met verwijzingen.

verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst, sprake was van een onrechtmatige daad. Voor het antwoord op die vraag is het feit dat artikel 2:9 of 7:661 BW een stringentere maatstaf bevat dan artikel 6:162 BW niet beslissend.

> '3.4.5 Op grond van het voorgaande en in het licht van de grieven van NBW, meer in het bijzonder grief II (zie hierboven in 3.4.1), diende het hof, afgezien van de voor de aansprakelijkheid van S. als bestuurder in hoger beroep primair gekozen arbeidsrechtelijke grondslag, op de door NBW aangevoerde grondslag onrechtmatige daad, de vraag te beantwoorden
> (a) of onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst, sprake was van een onrechtmatige daad van S. c.s. en, zo ja,
> (b) wat ter bepaling van de aansprakelijkheid van S. c.s., de in art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW neergelegde maatstaven meebrengen.
> 3.4.6 Uit het vorenoverwogene volgt dat het hof, gesteld voor de zojuist genoemde vraag, in rov. 7 heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting. Dat art. 2:9 BW of art. 7:661 BW een 'stringentere' maatstaf bevat dan art. 6:162 BW is immers, anders dan het hof oordeelde, niet beslissend voor het antwoord op de vraag onder (a) terwijl het heeft miskend dat eerst nadat die vraag zou zijn beantwoord, de vraag onder (b), betreffende de aan te leggen maatstaven, aan de orde zou komen.'

De Hoge Raad zegt dus dat eerst moet worden vastgesteld of beide regelingen van toepassing zijn. De vraag die daartoe moet worden beantwoord is hier (bij samenloop van onrechtmatige daad en contract) niet: geldt de ene regeling als specialis van de andere regeling, maar is de gedraging ook los van het contract onrechtmatig.[34] Die vraag moet eerst worden beantwoord; dan is duidelijk of artikel 6:162 BW 'überhaupt' van toepassing is. Pas daarna wordt naar de strekking van de twee regelingen gekeken, om een eventuele exclusieve werking vast te stellen.

De regeling op grond van de arbeidsovereenkomst leidt in minder gevallen tot aansprakelijkheid (is in die zin beperkter) dan artikel 6:162 BW. Dit brengt het hof tot de redenering dat er sprake is van exclusiviteit. Die gedachtegang is niet vreemd, omdat soms uit het feit dat de ene regeling beperkingen kent, die de andere regeling niet heeft, wel degelijk moet worden afgeleid dat deze

---

34 HR 26 maart 1920, *NJ* 1920, 476 (de Surinaamse postbode); HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157 (Boogaard/Vesta). Vgl. de omschrijving van art. 6:162 BW: onder strijd met een recht laat men de subjectieve, althans contractuele, rechten bewust niet vallen. *Parl. Gesch*. Boek 6, p. 615: 'Uit het stelsel van het ontwerp volgt dat met de woorden 'wettelijke plicht' in de artikelen 1 en 2 alleen gedoeld wordt op een rechtsplicht, waarmee niet een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat. Indien immers krachtens de wet een verbintenis bestaat tussen twee personen, zijn de rechtsgevolgen van gedragingen van de schuldenaar in strijd met zijn verplichtingen, niet in de onderhavige titel maar in afdeling 6.1.8 geregeld.'

regeling exclusieve werking heeft. Dat is echter een ander type exclusiviteit dan zich hier voordeed. In het geval dat het hof voor ogen had, kan de chauffeur beide routes nemen, maar wordt hij teruggeleid naar één bestemming: die met de meest beperkte aansprakelijkheid. De Hoge Raad vraagt zich echter af – in mijn terminologie althans – of er geen stopbord op de T-splitsing staat, dat de delictuele route verbiedt en alleen de contractenrechtelijke weg toestaat.

De Hoge Raad is in dit arrest mijns inziens wel veel duidelijker dan in gebrekkige ladder Althuisius. Daar werd door het cassatiemiddel aangevoerd dat artikel 7A:1790 BW (slechts dan) niet in de weg staat aan een vordering uit onrechtmatige daad, wanneer onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is gehandeld. De Hoge Raad gaat op die eerste vuistregel niet in en ook A-G De Vries Lentsch-Kostense doet dat niet, al noemt zij deze regel wel als voorwaarde. Impliciet wordt de horde genomen dat de delictuele weg openstaat. Het hof lijkt in de zaak NBW de overweging van de Hoge Raad in gebrekkige ladder Althuisius te volgen, maar omdat dáár kennelijk het openstaan van de delictuele weg zo voor de hand liggend werd geacht dat daar geen melding meer van wordt gemaakt, kan die overweging niet zonder meer worden gevolgd.

Overigens vind ik het openstaan van de delictuele weg in de casus die ten grondslag lag aan het arrest gebrekkige ladder Althuisius niet zo voor de hand liggend. Is de gedraging (het ter beschikking stellen van een gebrekkige ladder) ook los van de bruikleenovereenkomst onrechtmatig? Daar zou ik over twijfelen, ware het niet dat het niet om de verhouding tot 6:162, maar om de verhouding tot 6:173 BW ging. De risicoaansprakelijkheid van de bezitter is inderdaad los van het contract te bepalen.[35]

De gedachte dat de beperkingen van de ene regeling (meestal de contractuele) ook gelden bij toepassing van de andere regeling, is op meer plaatsen terug te vinden, vooral waar het exoneratieclausules betreft. Over het algemeen wordt aangenomen dat contractuele bedingen tot beperking van aansprakelijkheid als regel strekken tot beperking van zowel de contractuele als de buitencontractuele aansprakelijkheid.[36]

Ook wat betreft verjaringstermijnen zijn er meerdere gevallen bekend waarin de beperkingen van de ene regeling ook gelden bij toepassing van de andere regeling en waarin dus sprake is van exclusiviteit in die zin dat de route wel is toegestaan, maar de gewenste bestemming niet mag worden bereikt.

Ik noem hier als voorbeeld in de eerste plaats het veelbesproken arrest Inno/Sluis.[37] Daarin is aangenomen dat de korte, contractenrechtelijke, verjaringstermijn uit artikel 7:23 lid 2 BW gold en niet de verjaringstermijn van

35 Waarbij ik me afvraag of de vuistregel dan niet te veel wordt opgerekt.

36 Zie o.a. G.J. Rijken, *Exoneratieclausules* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1983, p. 26; Kritisch: Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 11.

37 HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272.

de onrechtmatige daad. De verjaringstermijn uit artikel 7:23 lid 2 BW heeft dus exclusieve werking ten opzichte van de verjaring van de onrechtmatige daadsvordering. De exclusiviteit staat niet met zoveel woorden in de wetsbepaling zelf, maar dient uit de strekking van de wet te worden afgeleid, waarbij de parlementaire geschiedenis een belangrijke bron vormt. Daarin valt te lezen dat de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW bedoeld is: 'voor iedere vordering en ieder verweer van de koper gegrond op het niet beantwoorden van het afgeleverde aan de overeenkomst, dus ook voor een verweer of vordering op grond van dwaling. De grens tussen dwaling en wanprestatie is in de praktijk vaak moeilijk te trekken. Het bovenstaande brengt mee dat lid 2 voor de daardoor bestreken dwalingsgevallen bij koop een lex specialis inhoudt.'[38] De exclusiviteit van de korte verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW lijkt dus niet alleen te gelden ten opzichte van de verjaringstermijn van de onrechtmatige daad, maar ook ten opzichte van de verjaringstermijnen van alle andere wetsartikelen waarmee artikel 7:17 BW (non-conformiteit) samenloopt.[39]

Een tweede voorbeeld van de exclusieve werking van een verjaringstermijn wordt gevormd door een ander recent arrest van de Hoge Raad.[40] Het ging, net als in het klassieke Bertha/Revenir, over een aanvaring, zij het niet tussen twee schepen, maar tussen een schip en een kabel. Een motorkraanschip verrichtte baggerwerkzaamheden in de IJssel en raakte daarbij met de kraan de in de bodem gelegen gasleiding van Essent. Essent stelt een vordering in op grond van artikel 6:162 BW. De baggeraar verweert zich met een beroep op verjaring op grond van artikel 8:1793 BW, de tweejarige verjaringstermijn voor schadevergoeding wegens aanvaring. De termijn van een vordering op grond van artikel 6:162 BW, vijf jaar, is nog niet verlopen, maar deze kortere termijn wel. De Hoge Raad oordeelt dat deze kortere termijn inderdaad exclusieve werking heeft: '4.2 (…) Een andere opvatting zou immers leiden tot onaanvaardbare doorkruising van laatstbedoelde, korte, verjaringstermijn omdat die dan in de praktijk als ongeschreven kan worden beschouwd.'

In beide genoemde gevallen zijn de routes wel toegestaan, maar wordt de gewenste bestemming geblokkeerd. Indien er in een contractuele verhouding sprake is van non-conformiteit, dan is het onder omstandigheden wel toegestaan om een vordering tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW in te stellen, of een vordering tot vernietiging op grond van artikel 6:228 of 3:44 BW, maar

38 *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 146-147.

39 Zie over dit arrest – mijns inziens terecht – kritisch: J. Hijma, 'Verjaring bij nonconformiteit en onrechtmatige daad', *WPNR* 2006, p. 557-558. Hij geeft aan dat het arrest ook beperkter kan worden opgevat, namelijk in die zin dat de exclusiviteit van artikel 7:23 lid 2 alleen geldt voor samenloop met andere vorderingen die inhoudelijk niet of nauwelijks van nonconformiteitsklachten zijn te onderscheiden.

40 HR 15 juni 2007, *LJN* BA1414.

de verjaringstermijn is in alle gevallen die van artikel 7:23 lid 2 BW.[41] En bij aanvaring mag de algemene route van artikel 6:162 BW best worden verkozen boven die van boek 8, maar de verjaringstermijn blijft die van artikel 8:1793 BW.[42]

3.4 WAARTOE LEIDT DEZE CATEGORISERING?

Wat levert de indeling in gevallen van exclusiviteit waarin de route is afgesloten enerzijds en gevallen waarin (louter) de gewenste bestemming is afgesloten anderzijds op?

De eerste categorie van exclusiviteit (waarbij de route is afgesloten), levert voor de begripsbepaling volgens mij geen onduidelijkheden op. De gehele regeling is buiten toepassing verklaard. Het probleem ontstaat bij de tweede categorie. Niet iedereen denkt bij die tweede categorie aan exclusiviteit of zelfs maar aan samenloop. Sommige juristen zullen dit eerder analoge toepassing van een wetsbepaling op een casus waarvoor de bepaling strikt genomen niet is geschreven noemen,[43] of zullen dit als reflexwerking aanduiden.[44] Ook de Hoge Raad bedient zich wel van deze terminologie, getuige de volgende passage uit het eerder besproken arrest over de al dan niet exclusieve werking van de vervaltermijn van artikel 3:200 (met betrekking tot de vernietiging van een verdeling van een gemeenschap) ten opzichte van artikel 6:162 BW:

> '4.2 (…) De bewoordingen waarin art. 3:200 is gesteld bieden geen enkele steun aan een bevestigend antwoord daarvan. Bovendien pleit de aard van de desbetreffende bepaling – een vervaltermijn – *tegen analoge toepassing of reflexwerking daarvan buiten het toepassingsgebied van titel 3.7*, waarvan deze bepaling onderdeel uitmaakt. (…)' (cursivering IH).

Reflexwerking is het mijns inziens niet, hoewel dat een kwestie van definitie is. Bij reflexwerking denk ik bijvoorbeeld aan reflexwerking van artikel 185 WVW. Artikel 185 WVW heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de automobilist, die betrokken is bij een ongeval met een ongemotoriseerde (een voetganger of fietser). Die aansprakelijkheid van de automobilist gaat op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad vrij ver: de voetganger of fietser (van

41 Althans in de 'ruime' interpretatie van Inno/Sluis en de parlementaire geschiedenis van artikel 7:23 BW.

42 Vgl. Van der Wiel, ofschoon zijn voorkeur – in het door hem beschreven geval van samenloop bij aanvaring – uitgaat naar exclusiviteit van rechtsgevolgen, B.T.M. van der Wiel, 'Samenloop van termijnen', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Termijnen*, BWKJ 20 (2004), p. 144.

43 Vgl. Van der Wiel 2004, p. 141-146.

44 Zie recent W.M. Kleyn, 'Reflexwerking van beperkende bepalingen op een actie met onrechtmatige daad', *ftV* 2007, mei, p. 4-7.

14 jaar en ouder) krijgt 50% van zijn schade vergoed, behoudens de beperkte mogelijkheid van een beroep op overmacht door de bestuurder. Indien nu (ook) de automobilist schade heeft en een vordering tot schadevergoeding instelt jegens de fietser, dan is artikel 185 WVW daarop niet van toepassing. De vordering zal dus worden gebaseerd op artikel 6:162 BW. De reflexwerking van artikel 185 WVW brengt echter met zich mee dat de omvang van de aansprakelijkheid van de fietser wordt beperkt.[45] Dit is volgens mij wat ook Boukema als reflexwerking aanmerkt: het toepassingsgebied van een rechtsregel wordt beperkt door een andere rechtsregel waarvan het toepassingsgebied in het geheel niet samenvalt met dat van de eerste rechtsregel.[46] Bij die definiëring van reflexwerking gaat reflexwerking over een situatie waarin er nu juist geen samenloop van vorderingen bestaat. De 'reflexwerking' die eventueel gezien kan worden in 'mijn' tweede categorie is de 'reflexwerking' van een rechtsgevolg verbonden aan de ene vordering op een andere vordering. Beide rechtsvorderingen zijn echter wel in beginsel in te stellen en dat is een wezenlijk verschil met reflexwerking zoals ik dat begrip versta.

Mijns inziens is ook in deze tweede categorie dus sprake van samenloop, maar het is wel nuttig dat men zich realiseert dat het niet gaat om exclusiviteit van de ene regeling ten opzichte van de andere regeling, zoals in de eerste categorie, maar dat het gaat over slechts één element daaruit. Anders gesteld: de vorderingen lopen wel samen (alternatief of cumulerend), maar de sancties, de rechtsgevolgen, cumuleren of alterneren niet.

Met betrekking tot deze gevallen van exclusiviteit, dus waar alleen het resultaat exclusief is, kan denk ik het *criterium* om exclusieve werking te bepalen worden gespecificeerd. Het criterium dat wordt gehanteerd is dat de wet exclusiviteit voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt. Dit criterium blijkt nu dus betrekking te hebben op het resultaat, op het wenselijke rechtsgevolg. Het eerste gedeelte van het criterium lijkt me verder geen nadere specificatie te behoeven. Indien de wet exclusiviteit met zoveel woorden voorschrijft, is dat duidelijk genoeg. Het tweede gedeelte van het criterium, dat de wet exclusiviteit onontkoombaar meebrengt, is echter niet zo duidelijk. Daarvan kan nu worden gezegd dat in een flink aantal gevallen het criterium kennelijk is dat de onontkoombaarheid van de exclusiviteit betrekking heeft op de onontkoombaarheid van het exclusieve resultaat. Het is niet zo dat de vorderingen onontkoombaar niet kunnen samenlopen, nee het gaat louter om het rechtsgevolg. Deze constatering is natuurlijk niet nieuw: bekend is dat problemen bij samenloop juist ontstaan als cumulatie *van rechtsgevolgen* niet mogelijk is. Wat denk ik echter wel meer kan worden benadrukt, is dat de koppeling van rechtsvordering en rechtsgevolg in deze gevallen van exclusiviteit wordt los gelaten. In de tweede door mij onderscheiden categorie wordt een rechtsgevolg gekoppeld aan een *andere* vordering, of vanuit het perspectief van de

45 Zij het dat die beperking niet inhoudt dat de 50% regel als zodanig reflexwerking heeft.
46 Boukema 1992, p. 19.

eiser: een rechtsgevolg van een andere vordering dan de vordering die is ingesteld wordt toegewezen. Ook deze omschrijving is echter nog te grof: slechts *een gedeelte* van het rechtsgevolg dat is gekoppeld aan een andere vordering wordt toegewezen; 'alleen' het gedeelte over de verjaringstermijn, of 'alleen' de exoneratie. Ik plaats het woord alleen hier tussen aanhalingstekens, omdat het natuurlijk de elementen zijn die het uiteindelijke resultaat bepalen; wel of geen (volledige) schadevergoeding bijvoorbeeld.

4 Conclusie

Wanneer is exclusiviteit van een wettelijke regeling ten opzichte van een andere wettelijke regeling aangewezen?

Bij de beantwoording van deze vraag moet om te beginnen een aantal uitgangspunten in acht worden genomen. In de eerste plaats het uitgangspunt (ook wel vuistregel genoemd) dat exclusiviteit uitzondering is. Ten tweede het uitgangspunt dat 'de' exclusiviteit van een wettelijke regeling niet bestaat. Een regeling kan exclusief werken ten opzichte van een andere regeling, maar daarmee is niet alles gezegd: in samenloop met een derde wettelijke regeling hoeft in het geheel geen exclusiviteit te worden aangenomen.

Ik onderscheid twee categorieën van exclusiviteit: een waarbij de route is afgesloten en een waarbij (alleen) de gewenste bestemming is afgesloten. Het nut van het benoemen van dit onderscheid is het volgende.

Wanneer één van beide regelingen beperkingen kent, bestaat de neiging om die regeling als exclusief te bestempelen[47] (waarschijnlijk met het adagium *lex specialis derogat legi generali* in het achterhoofd). Het is echter mogelijk dat aan deze redenering in het geheel niet wordt toegekomen, omdat de regelingen niet tegen elkaar moeten worden afgewogen. Dat kan voorkomen als de wetgever één van beide regelingen in de wettekst exclusief van toepassing heeft verklaard (of buiten toepassing heeft verklaard). Het kan ook voorkomen dat er een jurisprudentiële vuistregel is die maakt dat een route wordt afgesloten. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de vuistregel dat bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor toepassing in aanmerking kan komen, indien de gedraging onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is. Is dat niet het geval, dan levert dat een stopbord op de kruising op: de delictuele route is afgesloten en tot een nadere afweging van de strekking van de contractenrechtelijke regeling versus de delictuele regeling komt het dan niet. Er vindt wel een afweging plaats, maar dat is de afweging volgens de bovengenoemde vuistregel.

47 Vgl. het in paragraaf 3.3.2 besproken arrest inzake de frauderende (ex)-werknemers, HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240.

Ten tweede kan worden verduidelijkt dat begrippen als reflexwerking en analoge toepassing van wetsbepalingen op verschillende wijzen worden gebruikt, zowel voor gevallen die wel samenloop behelzen als voor gevallen waarin juist geen sprake is van samenloop. In mijn visie is in ieder geval het begrip reflexwerking gereserveerd voor gevallen die geen samenloop behelzen, en is de door mij gesignaleerde tweede categorie van exclusiviteit juist wel een geval van samenloop (en dus geen reflexwerking).

Ten derde kan door het benoemen van het onderscheid tussen de twee categorieën het criterium om te bepalen of sprake is of moet zijn van exclusieve werking worden aangescherpt of op zijn minst verduidelijkt. In de tweede categorie van exclusiviteit gaat het om de exclusiviteit van het rechtsgevolg. De vordering en het rechtsgevolg worden losgekoppeld, waarbij een gedeelte van het rechtsgevolg wordt gekoppeld aan een andere vordering.

3 Samenloop van rechtsvorderingen: geboorte, jeugdjaren en volwassenheid van een leerstuk

C.H. Bezemer[■]

1 INLEIDING

Wie probeert te achterhalen hoe een juridisch leerstuk is ontstaan, dient zich te realiseren dat de systematische drang die tot de vorming van een leerstuk leidt pas goed zichtbaar wordt in de tweede bloeiperiode van het Romeinse recht, dat wil zeggen vanaf de twaalfde eeuw, als de Glossatoren hun interpretatiekunsten loslaten op de in die tijd 'herontdekte' romeinsrechtelijke bronnen. Wegens de noodzaak zo snel mogelijk orde aan te brengen in het heterogene tekstmateriaal (Codex, Digesten, Instituten, Novellen), werden dwarsverbanden tussen de afzonderlijke bronnen gelegd, en werden onderlinge verschillen naar voren gehaald. Deze voor de latere rechtsontwikkeling cruciale 'weeftechnieken' zijn in de door deze middeleeuwse ontdekkingsreizigers gebruikte handschriften zonder moeite aan te wijzen. In de marge daarvan noteerden zij op vaste afstand van de tekst verwijzingen naar overeenstemmende passages elders in het Corpus iuris (zogenaamde *similia*) en tegenstrijdige (*contraria*). Op sommige plaatsen leidde dit tot opvallende reeksen, die in de loop der tijd weliswaar werden geflankeerd en/of overwoekerd door grotere glossen, maar niettemin de basis (Latijn: *sedes*) konden worden van een leerstuk. Een plek waar alle draden aan elkaar geknoopt werden. Of een tekst daadwerkelijk de status van 'thuishaven' kreeg hing mede af van zijn positie binnen het Corpus zoals de middeleeuwers dat hadden opgesplitst. Ik bedoel de onderverdeling die was aangebracht ten behoeve van het onderwijs. De Codex, bijvoorbeeld, was verdeeld in twee stukken: de boeken 1 tot en met 5, en de boeken 6 tot en met 9.[1] Men behandelde tijdens de colleges tegelijk boek 1 enzovoort en boek 6 enzovoort. Zodra men bij een tekst kwam die zich leende voor een nadere uitweiding over een onderwerp kon een *sedes materiae* (letterlijk 'zetel van de stof') ontstaan. Het spreekt voor zich dat teksten die eerder aan bod kwamen een grotere kans hierop hadden.

Deze uitweiding is noodzakelijk om duidelijk te maken waarom de tot leerstukken leidende ordeningsbehoefte eerst ontstond in de middeleeuwse rechtswetenschap. Daarmee wil niet gezegd zijn dat de oude Romeinse juristen

---

■ C.H. Bezemer is universitair docent bij de afdeling historische ontwikkeling van het recht, Universiteit Leiden.

1 De boeken 10, 11 en 12 waren geen voorwerp van de Codexcolleges.

er niet bepaalde doctrines op nahielden. Die waren er wel maar niet zo uitgesproken, en evenmin als resultaat van een behoefte aan 'plaatsbepaling'. Daarnaast is er een andere complicatie. Wat wij onder samenloop verstaan heeft zich in de middeleeuwse rechtswetenschap gegroepeerd rondom drie kernen. Zo ontwikkelde de constitutie *A plerisque* (C. 9,31 *un*.) zich tot de plaats waar de samenloop van civiel- en strafrechtelijke rechtsvorderingen werd bediscussieerd.[2] Gezien de van het Romeinse recht afwijkende inheemse opvattingen over bezit en eigendom, werd bij de constitutie *Ordinarii* (C. 3,32,13) veel aandacht besteed aan de verhouding tussen het *possessorium* en het *petitorium*.[3] Voor samenloop van rechtsvorderingen in het verbintenissenrecht is echter C. 2,1,3 *Edita* de aangewezen plaats. Daarop wil ik mij concentreren. Het woord dat het leerstuk zijn naam gaf was 'cumulatio', letterlijk 'opeenhoping' of 'opeenstapeling'. De term 'samenloop' is daar niet van afgeleid (dat is eerder 'concurrere' en dergelijke), maar aangezien 'cumulatio' de centrale term werd waaraan samenloopvraagstukken werden opgehangen, gebruik ik die als 'marker', en vertaal hem met 'samenloop'.

2 Terug naar het begin

Om vast te stellen welke middeleeuwse jurist een begin heeft gemaakt met het leerstuk van de samenloop van rechtsvorderingen, is het nodig te rade te gaan bij diegenen onder hen die in hun commentaren spreken van de *materia cumulationis* ('het onderwerp samenloop'). Een goed oriëntatiepunt vormt het werk van Bartolus de Saxoferrato (1314-1357). Halverwege zijn commentaar op de constitutie *Edita* (C. 2,1,3) lezen wij:[4]

> 'Nu kom ik op het onderwerp samenloop. Ik stel de vraag: wat is samenloop? Ik antwoord: samenloop is de verbinding van één actie met een andere, zoals zal blijken uit hetgeen ik hieronder ga zeggen'.

Tweeëneenhalve kolom verder is Bartolus klaar met deze stof, ons achterlatend met een aantal nuttige aanwijzingen over zijn inspiratiebronnen. We treffen

2 Zie daarover H. Chalmers, 'The concurrence of criminal and civil actions in Mediaeval law', *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 1973 (39), p. 385-424.

3 Er was ook een *sedes materiae* in de Digesten: D. 5,1,37 *Si de vi*. Interessante observaties over dit onderwerp bij F. Soetermeer, 'Doctor suus? Accurse et Jacques Balduin', *Studia Gratiana* 1998 (29), p. 795-814 (798). Met nadruk op de technische kant van de overlevering: H.H. Jakobs, 'Petitorium et possessorium in eodem libello intendere. D. 5,1,37 and C. 3,32,13 in der Lectura des Odofredus, bei Azo und in der glossa ordinaria', *Zeitschrift der Savigny-Stifting*, Rom. Abt. 115 (1998), p. 323-354.

4 Ed. Turijn 1574 fo. 39 Vb (no. 13): 'Nunc venio ad materiam cumulationis. Quaero quid sit cumulatio? Respondeo: cumulatio est unius actionis cum alia coadunatio, ut apparebit in his quae infra dicam.'

verwijzingen aan naar: Bartolus' leermeester Cinus de Pistoia (1270-1336), diens leermeester Dinus de Mugello († ná 1298), Pierre de Belleperche († 1308), Accursius († 1263), diens leermeester Azo († ná 1220) en Hugolinus de Presbyteris († ná 1233). De centrale plaats wordt ingenomen door Dinus, die over de vraag of samenloop geoorloofd is een 'zeer fijnzinnige, nuttige en gewichtige disputatie heeft gehouden' die opgenomen is in zijn commentaar *De regulis iuris* ('Over de regels van het recht').[5] Dit commentaar, zo meldt Bartolus, bevat drie regels wanneer samenloop verboden is, waarvan er twee al door de Accursische glosse zijn genoemd.[6] Daarmee betreden we de moeilijk toegankelijke wereld van de Glossatoren. Want Accursius' glossenapparaat is slechts een selectie uit het werk van zijn voorgangers.[7] En wie dieper wil doordringen in deze wereld is al gauw aangewezen op handschriften en een oerwoud aan marginale notities van vaak onduidelijke herkomst. Gelukkig is er in het geval van het onderwerp samenloop een hulpmiddel dat bij andere onderwerpen ontbreekt. Ik doel op het zogenaamde Repertorium van Dolezalek. Deze Duitse geleerde heeft bij wijze van steekproef alle hem bekende voor-Accursische glossen en commentaren op de Codex-titels C. 2,1 (en C. 5,1) verzameld en neergelegd in twee zeer fijnzinnige, nuttige en gewichtige boekdelen. Men kan hierin vinden welke glossen (en commentaren) er zoal geschreven zijn op de constitutie C. 2,1,3 *Edita*. Bij een ander onderwerp zou alleen moeizaam handschriftenonderzoek tot een betrouwbaar resultaat kunnen leiden. Voor ons onderwerp is het doorlezen van Dolezalek's Repertorium op de betreffende plaats voldoende om de oorsprong van het leerstuk van de samenloop van rechtsvorderingen te vinden.

Het kan geen kwaad eerst de inhoud van de Codex-tekst te geven. Hij luidt in vertaling:[8]

> 'De (aan de toekomstige gedaagde) kenbaar gemaakte actie duidt de aard van het toekomstige proces aan. Het is geoorloofd deze actie te verbeteren of te veranderen voorzover de bepalingen van het eeuwige edict daartoe aanleiding geven of de billijkheid de rechter daartoe dwingt.'

---

5 Ed. cit. Fo. 39 Vb (no. 14): 'Dy[nus] circa hoc facit unam suam disputationem multum subtilem (ed. subtilam) , utilem et pomposam, quam posuit in c. Nullus pluribus de reg. iu. lib. vj. et ibi facit multas rationes pro et contra. Finaliter determinat cumulationem esse permittendam.' Dinus' commentaar is gebaseerd op de gelijknamige laatste titel van het *Liber Sextus* van Bonifacius VIII (1298).

6 Ibidem: 'Dat tamen tres regulas in quibus cumulatio est prohibita, de quibus duas regulas hic (ed. haec) gl. ponit.'

7 Over Accursius' werkwijze, en zijn in het algemeen geringe eigen inbreng, zie H.H. Jakobs, *Magna Glossa. Textstufen der legistischen glossa ordinaria*, Paderborn: Schöningh 2006.

8 De Latijnse tekst luidt: 'Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas.' Ik benutte de vertaling van J.E. Spruit e.a., *Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling VII*, Amsterdam: KNAW 2005, p. 352, voor het gedeelte tot en met het woord 'licet'. Voor de rest verkoos ik een eigen vertaling.

Het zal eenieder opvallen dat van het woord 'samenloop' (*cumulatio*) in deze tekst geen sprake is. Wél van het verbeteren of wijzigen van een rechtsvordering. We zullen zien dat wijziging het aanknopingspunt was om samenloop aan de orde te stellen.

3 HET BEGIN

Raadpleging van Dolezalek's Repertorium leert ons dat het Accursius' leermeester Azo was die de eerste schrede zette voor de opbouw van het leerstuk van de samenloop. Van hem zijn ook de twee, later als regels aangeduide gevallen afkomstig die Bartolus aantrof in de Accursische glosse. Vooropgesteld moet worden dat deze twee gevallen terug te vinden zijn zowel in Azo's meestverspreide werk, zijn Summa op de Codex,[9] alsook in zijn zogeheten Lectura op de Codex, een door de Fransman Alexandre de Saint-Gilles opgetekend collegeverslag.[10] In beide werken echter zonder gebruikmaking van het woord *cumulatio*.[11] Alleen in een glosse van Azo op C. 2,1,3 wordt de term gebruikt. De glosse waar het om gaat heeft Dolezalek in twintig handschriften gevonden. Dankzij de onderzoekingen van Jakobs weten we dat Azo's glossenapparaten op de verschillende onderdelen van het Corpus iuris de belangrijkste bron waren voor Accursius' glosse.[12] Het is dus niet verbazingwekkend dat we bij Azo uitkomen. Wat zegt/schrijft hij?[13]

> 'Dán is er sprake van het wijzigen van een actie als iemand onder het opgeven van de oude [actie] een andere instelt. Of en wanneer dat toegestaan is, valt te bezien. Vóór het aangaan van het proces kan hij het uiteraard, daarná niet. In dat

9 Summa Azonis (ed. Pavia 1506; herdr. Turijn 1966), p. 20 B (op de titel C. 2,1).

10 Azonis ad singulas leges XII librorum Codicis (ed. Parijs 1577; herdr. Turijn 1966), fo. 59 recto (no. 23-25; op C. 2,1,3). Over het laatste werk en zijn 'auteur': A. Gouron, 'Alexandre de Saint-Gilles et la Lectura codicis d'Azon', in: E. Maier, A. Rochat & D. Tappy (red.), *À cheval entre histoire et droit. Hommage à Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 235-245; herdr. in *Pionniers du droit occidental au Moyen âge*, Aldershot 2006, no. VIII. Ik kan hieraan toevoegen dat dit tussen 1213 en 1215 in Bologna tot stand gebrachte en door weinigen benutte werk ook buiten Italië enige verspreiding heeft gevonden. De Orleanese jurist Jacques de Revigny († 1296) noemt het één keer expliciet in zijn Codexlectura (zie hierover een dit najaar in het *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* te verschijnen bijdrage).

11 Wel is er in één van de twee gevallen sprake van 'electio', wat duidt op een situatie waarin gekozen moet worden tussen mogelijke acties.

12 Zie Jakobs 2006.

13 Het nu volgende citaat is gekoppeld aan de woorden 'decernit aequitas' van de constitutie *Edita*, en is te vinden in G. Dolezalek, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, Franfurt am Main 1985, p. 600 (no. 338): 'Tunc dicitur mutari actio, cum quis vetere relicta aliam intendit. Quod quando liceat, videamus. Et quidem ante litem contestatam potest, post litem contestatam non potest. Tunc enim non mutat, quia necesse habet in veteri querela persistere, ut ff. de iudic. De qua re [D. 5,1,74] i. resp., et l. Non potest [D. 5,1,23]. Non tamen diffiteor quin de alia vel de re eadem agere possit alio modo, etiam post primam litem contestatam. Set illa non erit mutatio, set *cumulatio* actionis.' (curs. toegevoegd)

> geval immers wijzigt hij [de actie] niet, omdat hij verplicht is bij de oude rechtsvordering te blijven [zie D. 5,1,74 en D. 5,1,23]. Ik kan echter niet ontkennen dat hij over een andere of dezelfde zaak op een andere manier kan ageren, ook ná het aangaan van het eerste proces. Maar dat zal geen wijziging maar *samenloop* van een actie zijn.'

Dit is de vroegste vermelding van de term *cumulatio* die ik heb kunnen vinden in het bij Dolezalek opgetaste materiaal. Accursius heeft de term opgepikt en gebruikt hem veelvuldig in zijn glosse 'Emendari' op C. 2,1,3, in het bijzonder bij de al eerder genoemde twee gevallen waarin samenloop verboden is.[14] Daarmee legt hij het fundament waarop zijn opvolgers verder gebouwd hebben. Azo deed in dit opzicht kennelijk niet meer dan het aanreiken van een bruikbare term. Uit dezelfde glosse van Accursius blijkt ook dat Bartolus zijn verwijzing naar Azo (en Hugolinus) niet uit de eerste hand had maar aan deze Accursische glosse ontleende.[15]

Het wordt nu tijd de in het kader van samenloop gestelde vragen aan een nader onderzoek te onderwerpen, te beginnen met de door Accursius (eigenlijk Azo dus) aangeroerde kwesties. Men zij gewaarschuwd dat niet alle destijds behandelde vragen bij de moderne jurist evenveel losmaken. Accursius laat samenloop in beginsel toe, maar wijst, als gezegd, twee gevallen aan waarin hij verboden is. Het eerste betreft het geval dat de toe te voegen actie geblokkeerd wordt door de exceptie van gewijsde zaak (*exceptio rei iudicatae*), omdat zij over dezelfde, al besliste zaak gaat. Dit behoeft weinig toelichting, behalve dat men kan twisten over de vraag wat eenzelfde zaak is. Het tweede geval betreft kwesties waarbij men gedwongen is te kiezen tussen meerdere mogelijke acties. Dit is de zogenaamde electieve concurrentie. Eén van de aangevoerde teksten (C. 6,2,1) zegt b.v. dat in het beschreven geval gekozen moet worden tussen een actie wegens diefstal (*actio furti*) en de daarbij behorende *condictio*, danwel een actie op grond van lastgeving. Of de 'delictuele' weg, of de contractuele. Niet allebei. Het zijn vooral dit soort gevallen die latere theoretici van het Romeinse recht tot grote hoogten van subtiliteit hebben gebracht. Ook toen de als boete-actie geconcipieerde *actio furti* allang in onbruik was geraakt.

4 Toevoegingen op de Glosse

De volgende stap werd gezet door Dinus. Hij is één van de verwaarloosde figuren uit de geschiedenis van de rechtswetenschap. Dat heeft twee redenen. De eerste is dat hij geen didactische vernieuwingen op zijn naam heeft staan.

---

14 Voor een samenvatting, zie M. Kriechbaum, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts,* Ebelsbach 1996, p. 129-131.

15 Het betreft de vraag of in geval van een 'gecumuleerde' actie opnieuw de calumnia-eed moet worden afgelegd. Accursius stelt deze vraag nadat hij de twee gevallen waarin samenloop verboden is heeft behandeld, en citeert zijn beide voorgangers.

Hij bleef werken in de traditie van de Glossatoren. Dat wil zeggen notities maken op en bij de teksten, geen grote doorlopende commentaren. De andere reden is dat Dinus zich ook heeft bewogen op het terrein van het kanonieke recht. Hij was mogelijk betrokken bij de totstandkoming van het *Liber Sextus*, de tweede officiële pauselijke codificatie (1298). Een dergelijke meerzijdigheid wordt doorgaans niet gewaardeerd. Zijn commentaar op de titel *De regulis iuris* van het *Liber Sextus* was niettemin wijdverbreid en beleefde later vele drukken. Het was een belangrijke bijdrage aan de systematisering van beide rechten, Romeins en kanoniek. Zo ook in het geval van de samenloop van rechtsvorderingen. Dinus behandelt het onderwerp bij de regel 'Het is niemand verboden meer dan één verweermiddel te gebruiken' (*Nullus pluribus uti defensionibus prohibetur*).[16] De term 'samenloop' valt vrij spoedig. Ik geef Dinus het woord:[17]

> 'Maar zou [een eiser] bij wege van samenloop meerdere acties kunnen instellen? Sommigen die het onderwerp samenloop niet begrijpen zeggen eenvoudigweg nee, zoals in de eerdergenoemde paragraaf Quotiens [D. 50,17,43,1]. Juist daarom kan een verhandeling over samenloop van gemeenschappelijk belang zijn, en nuttig zijn voor kanonisten zoals dat voor legisten het geval is, omdat krachtens de kerkelijke voorschriften een zaak én haar grondslag moet worden aangegeven, níet de actie. Zal het hangende een eerder proces geoorloofd zijn dezelfde zaak met een andere grondslag op te eisen of een andere zaak met dezelfde grondslag? Dit immers is het wezen van de samenloop.'

Men ziet hoe Dinus zijn kanonistische lezers erop wijst hoe nuttig het ook voor hen is iets af te weten van het onderwerp samenloop. Ondanks een in dit verband niet onbelangrijk verschil: naar kanoniek recht hoefde een eiser zijn vordering niet in het romeinsrechtelijke (gesloten) stelsel van acties te gieten. Dit is daarom van belang omdat veelal gedacht wordt dat samenloopproblemen onlosmakelijk verbonden zijn met dat stelsel. Echter ook procesrechtelijk vrijere stelsels als het kanoniekrechtelijke (en het onze) krijgen er mee te maken.

---

16 Het is regel no. 20 (van 88). Deze regel bevindt zich in gelijksoortige bewoordingen in de Digesten. Zie D. 44,1,5 en D. 44,1,8.

17 Tractatus Dyni super regulis juris (ed. Parijs 1498): 'Sed an per viam cumulationis proponere poterit plures actiones. Quidam non intelligentes cumulationis materiam dicunt simpliciter quod non, ut in predicto § Quotiens [D. 50,17,43,1]; et ideo tractatus (ed. *male* contractus) de cumulatione communiter valeat et sit utilis apud canonistas sicut apud legistas, quia secundum canones debet exprimi res et causa, licet non actio. Numquid pendente primo iudicio licebit eandem rem ex alia causa petere vel licebit aliam rem petere ex eadem causa? Hec enim est cumulationis natura. Ad huius declarationem et intellectum querendum est an cumulatio sit admittenda: et in quibus casibus.' De benutte editie bevat geen foliëring, maar is wel op internet te raadplegen via de website van de Franse nationale bibliotheek (<http://gallica.bnf.fr>, 'recherche', 'droit médiéval', no. 43).

Hoe gaat Dinus te werk? Zoals Bartolus al liet doorschemeren, vertoont het betoog van Dinus de negatieve kanten van de academische disputatie: na vele argumenten pro en contra, volgt uiteindelijk de beslissing dat samenloop moet worden toegelaten.[18] Het is geen onverdeeld genoegen dit vertoon van dialectisch kunnen door te moeten lezen. De argumentatielijn is moeilijk te volgen. Dinus stelt zich eerst ten doel te onderzoeken of de regels die op samenloop worden toegepast waar zijn, dat wil zeggen of ze een grondslag in de teksten hebben. Daarbij onderscheidt hij een bevestigende en een ontkennende regel. Beide bevatten de twee al in de Glosse genoemde criteria (exceptie van gewijsde zaak en electieve concurrentie) plus een derde element: de tegenstrijdigheid van acties. Enige pagina's verder lijkt Dinus tot de conclusie te komen dat geen van beide regels waar is. Vervolgens gaat hij de tegenargumenten weerleggen om te concluderen dat de regels wel waar zijn, om aansluitend de tweede helft van het betoog te wijden aan de gevallen waarin samenloop plaatsvindt. Aan het slot stelt Dinus dat alle tegenargumenten weerlegd kunnen worden in hun bijzonderheid of algemeenheid 'zoals de oplettende vorser zal kunnen nagaan als hij op de juiste wijze het argument van verbondenheid en terzijdestelling ten aanzien van zaken en grondslagen in het oog houdt'.[19] Voor een kanonist is het in geval van samenloop van acties voldoende te kijken naar al of niet identiteit van zaak en/of grondslag, alsmede hun onderlinge verhouding. De kwalificatie van de actie is niet van belang.

5 De volwassenheid bereikt

Gelukkig heeft de presentatie van het leerstuk door Dinus geen navolging gevonden bij latere (legistische) auteurs. Zijn leerling Cinus de Pistoia houdt het een stuk korter en kiest voor een andere aanpak. Hij begint met een (concreet) voorbeeld. Iemand ageert op grond van bewaargeving om een in bewaring gegeven boek terug te eisen. Als hij bewijs wil leveren door middel van getuigen zeggen die hem dat er volgens hen geen sprake was van bewaargeving maar van bruikleen. De eiser wil nu ook een actie uit bruikleen instellen. Kan dat als het proces op grond van bewaargeving al aanhangig is? De Glosse had hier geen probleem mee. Cinus: 'Maar of zij de waarheid spreekt of niet, daarover bestaat grote onenigheid, en de uitkomst ervan is lastig te bepalen'.[20] Om klaarheid in de materie te brengen onderscheidt hij vier soor-

18 Vgl. de in noot 5 geciteerde passage van Bartolus.

19 Ed. cit.: 'Ad opposita vero posset responderi singulariter ad singula, et universaliter ad omnia, ut solicitus indagator inquirere poterit si recte rationem connexitatis et superationis rerum et causarum advertat.'

20 Cinus de Pistoia, *In Codicem … commentaria*, Frankfurt am Main 1578; repr. Turijn 1964 fo. 46 Va no. 22 (op C. 2,1,3): 'Ego agebam contra Titium ad librum actione depositi. Cum vellem probare per testes, dicunt mihi testes: Domine, recordamini bene, non videtur nobis quod vos deposueritis (ed. disposueritis), imo commodastis. Quare nunc ego volo cumulare

ten samenloop.[21] Daarbij varieert hij al naar gelang de grondslag dezelfde is of niet, en of het object van het geding hetzelfde is of niet. Het gegeven voorbeeld hoort tot de vierde soort (verschillende grondslag, zelfde object). Het is tegelijk de soort waarop hij het uitvoerigst ingaat. Het gaat in essentie om een afrekening met de in aansluiting op de Glosse door Dinus verdedigde opvatting dat samenloop van rechtsvorderingen geoorloofd is tenzij keuze is voorgeschreven (electieve concurrentie), tenzij de acties tegenstrijdig zijn, of tenzij de exceptie van gewijsde zaak eraan in de weg staat. Dit neemt ruim twee kolommen in beslag omdat alle argumenten van de Glosse en Dinus met tegenargumenten (teksten) moeten worden weerlegd. Cinus roept de hulp in van Pierre de Belleperche ('Petrus') en sommige 'hedendaagse' Italianen ('quidam nostri moderni') om te onderstrepen dat in het gegeven voorbeeld de *regula iuris* geldt dat waar het eenzelfde zaak betreft de eiser een keuze moet maken tussen de mogelijke acties.[22] Bovendien: als het niet mogelijk is méér dan één actie tegelijk in te stellen, kan dat ook niet naderhand. En dat geldt zowel in civielrechtelijke als strafrechtelijke kwesties. 'En dat is meen ik waar, met alle eerbied voor mijn leermeester (Dinus), en zo zou ik in de praktijk oordelen als het zich aan mij voordeed'.[23] Hiermee heeft Cinus de materie van de samenloop in handzamere banen geleid.

Er blijft één ding onduidelijk: wat is de rol geweest van Belleperche? Cinus, die door een latere jurist een voortreffelijk compilator (*egregius compilator*) werd genoemd,[24] liet zich veelvuldig (letterlijk) inspireren door de geschriften van de Fransman. Helaas is ons geen commentaar van Belleperche op C. 2,1,3 overgeleverd.[25] Wat we wel hebben is een uitvoerig commentaar van zijn

---

actionem commodati. Numquid possum etiam post litem contestatam? Dicit gloss. quod sic. Sed an dicit verum necne, magna est controversia, et difficilem habet exitum.'

21 Kriechbaum 1996, p. 131-137 bespreekt de belangrijkste, maar vervalt mijn inziens in tegenstrijdigheden t.a.v. de derde soort (vgl. p. 132 en 122). De rol van Dinus is haar ontgaan.

22 Deze regel staat in de titel *De diversis regulis iuris antiqui* van de Digesten (D. 50,17,43,1) en luidt: 'Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet.' Hoe Dinus over deze regel en zijn verdedigers dacht staat in noot 17 en de bijbehorende tekstpassage.

23 Cinus de Pistoia, *In Codicem … commentaria*, Frankfurt am Main 1578; repr. Turijn 1964 fo. 47 Va: 'Praeterea qui prohibetur simul plures actiones intentare, prohibetur et postea, ut ff. de pecul. l. Quotiens § Si creditor [D. 15,1,47,3]. Praeterea hoc dicit lex nedum in civilibus sed etiam in criminalibus, ut ff. de accusa. l. Senatus [D. 48,2,14] et infra de accusa. l. Qui de crimine [C. 9,2,9]. Et istud credo verum, salva reverentia Doctoris mei, et sic iudicarem de facto si mihi accideret.'

24 Zie K. Bezemer, 'Word for word (or not). On the track of the Orleans sources of Cinus' lecture on the Code', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2000 (68), p. 433-454 (454).

25 In de beide handschriften van Belleperche's *lectura* op de Codex (Cambridge, Peterhouse 34 en Florence, Biblioteca Medicea-Laurentiana Plut. 6 sin. 6) ontbreekt een commentaar tussen de commentaren op C. 2,1,2 en C. 2,1,4. Dit wijst erop dat Belleperche de constitutie C. 2,1,3 waarschijnlijk in de vorm van een speciaal college (*repetitio*) heeft behandeld. Nu bevindt er zich in het handschrift Cambridge, op een andere plaats, een *repetitio* die van Belleperche zou kunnen zijn (fo. 159 Ra-161 Ra). Doorlezing daarvan levert niet de gezochte

Orleanese voorganger Jacques de Revigny († 1296).[26] Daaruit blijkt dat ook in Orleans het onderwerp samenloop niet bepaald aan de aandacht ontsnapte. Revigny begint met hetzelfde voorbeeld als Cinus (of beter andersom) en plaatst het in het kader van onzekerheid bij de eiser over de exacte toedracht. Vervolgens onderscheidt hij twee soorten samenloop: verschillend object – dezelfde grondslag, en: hetzelfde object – verschillende grondslag. Met de eerste heeft hij geen moeite, met de tweede des te meer. Onder de laatste soort valt het voorbeeld dat we al bij Cinus gezien hebben, en ook Revigny gaat in discussie hierover met de Glosse. Als ander voorbeeld geeft hij een kwestie die hij zelf bij wijze van disputatie heeft behandeld en die (dus) in zijn ogen controversieel was.[27] Iemand is op grond van de koop van een paard een bepaald bedrag schuldig. Hij heeft later tevens in rechte bekend dat bedrag schuldig te zijn. De schuldeiser ageert uit de verkoop, en vervolgens, als hij de verkoop niet kan bewijzen, uit de bekentenis. Kan dat? Na een tamelijk omslachtig betoog komt Revigny tot de conclusie dat in dit geval samenloop uitgesloten is omdat de bekentenis uit de koopovereenkomst voortvloeit en daarom dezelfde grondslag heeft.[28] Deze uiteenzettingen kunnen moeilijk de inspiratiebron van Cinus geweest zijn. De twee soorten samenloop in plaats van vier wijzen hier al op. Van Revigny's opvallende interesse in de bekentenis als grondslag van een actie is niets aanwezig bij de kopieerlustige Cinus. De bevestiging van dit vermoeden heb ik gevonden in een ander commentaar van Belleperche, te weten zijn *repetitio* op Inst. 4,6,34 *Si minus*. In dit commentaar komen we de verdeling in vier soorten samenloop tegen, inclusief de

inspiratiebron van Cinus op. Het onderwerp samenloop komt nauwelijks aan de orde. Bovendien moet, gezien de stijl van de *repetitio*, getwijfeld worden aan Belleperche als auteur. Voor meer gegevens, zie K. Bezemer & Pierre de Belleperche, *Portrait of a legal puritan*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 194, Frankfurt am Main: Klostermann 2005, p. 164 (en noot 29).

26 Dit bevindt zich deels in zijn *repetitio* op C. 2,1,3, en voor het grootste gedeelte in een commentaar op C. 2,3,2 *Post*. Het kan in zijn geheel geraadpleegd worden in de onder Belleperche's naam gedrukte *lectura* op de Codex van Revigny (ed. Parijs 1519; repr. Bologna 1967), fo. 49 Vb-51 Rb.

27 De passage met de casuspositie kan geraadpleegd worden in C.H. Bezemer, 'Les quaestiones disputatae orléanaises dans les commentaires de Jacques de Révigny', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1990 (58), p. 5-38 (p. 27: op C. 2,1,3 en D. 12,2,9,2).

28 Ik citeer Revigny's vervolg op zijn *repetitio* op C. 2,1,3 naar de in noot 26 genoemde editie Parijs 1519 fo. 50 Vab: 'Ergo multofortius per sententiam absolutoriam latam super primam actionem super qua erat iuramentum vel confessum tolletur effectus iuramenti vel confessionis obligatorie; et sic lata sententia absolutoria in prima actione obstaret exceptio rei iudicate in secunda ex confessione. Unde non potest cumulari. Hoc dico per l. ff. de iureiuran. l. Nam postea § Si damnetur [D. 12,2,9,2]; et sic actioni (ed. actionem) prime ex vendito non potest cumulari actio (ed. actione) ex confessione, quia prima est sibi preiudicialis ex sententia absolutoria lata in prima. Obstat exceptio rei iudicate in ea, ut probatur.' In het daaropvolgende betoogt Revigny dat samenloop wel mogelijk zou zijn als er eerst op grond van de bekentenis zou zijn geageerd.

daaropvolgende uitwerking van elk der vier soorten zoals ook bij Cinus aangetroffen.[29] Het is de vraag of het deze *repetitio* was die Cinus in handen had.[30] Het kan ook een niet overgeleverde op C. 2,1,3 zijn geweest.[31]

6 Terug bij Bartolus

Bij Bartolus krijgen de twee hoofdstromen (Glosse/Dinus en Belleperche/Cinus) in onze materie hun definitieve plaats. Wat doet Bartolus? Hij ziet kans het aantal regels, opgesteld door de Glosse en Dinus om de gevallen waarin samenloop niet mogelijk is, te verdubbelen. Het zijn verfijningen van de bestaande drie regels.[32] Dan komen de (vier) soorten samenloop aan bod. In de door mij geraadpleegde drukken staat dat het Dinus was die in navolging van Belleperche ('Petrus') tot dit getal kwam.[33] Dit is zeker een vergissing: het moet wel om Cinus gaan (zie de vorige paragraaf). Aan het viertal voegt Bartolus nog een vijfde toe: zelfde grondslag, zelfde zaak, tegen verschillende personen. In het licht van Bartolus' uitgebreide aantal regels worden vervolgens de door Cinus (en Belleperche) genoemde soorten samenloop onderhanden genomen. Dit leidt opnieuw tot verfijningen ('Deze bewering is niet perfect want het is mogelijk deze soort samenloop enige van de belemmerende regels tegen te werpen die ik hierboven heb opgesteld, in aanvulling op hen').[34] Bij de heftig omstreden vierde soort (verschillende grondslag – zelfde zaak) neemt Bartolus Dinus in bescherming tegen Belleperche (en Cinus). Als voorbeeld noemt hij het opeisen van een stuk grond op grond van koop en op grond van een *stipulatio*. Hij is bereid met Dinus mee te gaan (samenloop geoorloofd), als één of beide grondslagen niet om baat was/waren. Met zijn vijfde soort samenloop mengt Bartolus zich niet in de discussie, en volstaat

29 Belleperche's *repetitio* kan betrekkelijk eenvoudig geraadpleegd worden in de herdrukte *Lectura Institutionum* (ed. Lyon 1536; repr. Bologna 1972), p. 765-768 (no. 10-14). De vier soorten samenloop komen aan de orde vanaf no. 12.

30 Uitgesloten is het niet. Cinus verwijst in zijn Codex-lectura een enkele keer naar Belleperche's commentaar op *De actionibus* (Inst. 4,6). Zie Cinus de Pistoia, *In Codicem … commentaria*, Frankfurt am Main 1578; repr. Turijn 1964 fo. 176 Va (op C. 3,34,5 *Si quid*): 'Tu advocate sis cautus ad formandum libellum, et forma traditur per Pet[rum] Inst. de act. § Aeque.' Gedoeld wordt op Belleperche's uiteenzetting bij *Econtra* (Inst. 4,6,2 *i.m.*). Zie de in de vorige noot aangehaalde editie p. 428 (no. 35 e.v.).

31 In zijn *repetitio* op C. 2,13,1 *Quaquisque actione*, lijkt Belleperche een toespeling te maken op een dergelijke verhandeling. Zie Bezemer 2005, p. 76, noot 113 ('in alia lectione de aliis tribus').

32 Het gaat om teksten waarbij een tweede actie onmogelijk is omdat de eerste bevrijding daarvan impliceert, of omdat de eerste actie van groter gewicht is of voorrang geniet.

33 Ed. Turijn 1574 fo. 40 Ra (no. 15): 'Veniamus ergo ad genera cumulationum. Dominus Dy. dicit sequendo Pet. quod quattuor sunt genera cumulationum.' Ik raadpleegde ook de ed. Venetië 1526; herdr. Rome 1998, fo. 44 Vb (no. 15), waar praktisch hetzelfde staat.

34 Ed. cit. fo. 40 Ra (no. 15 i.f.): 'Istud dictum non est perfectum, quia huic cumulationi possibile est obstare aliquam ex regulis impedientibus, quas supra posui ultra eos.'

met een verwijzing naar één van zijn *repetitiones*.[35] Het resterende gedeelte van de *materia cumulationis* is gewijd aan problemen die zich voordoen als samenloop geoorloofd is. Eén ervan is de al door Azo en Hugolinus behandelde, en in de Glosse opgenomen kwestie over de calumnia-eed (zie § 3 noot 15). De rest kan hier blijven rusten.

Aangeland bij Bartolus is het goed pas op de plaats te maken. De belangrijke juristen ná hem hebben de stof niet wezenlijk veranderd, alleen verder verfijnd en uitgebreid. Bij Bartolus' leerling Baldus de Ubaldis (1327-1400) blijven de drie regels van Dinus gehandhaafd. De door Bartolus geïntroduceerde verfijningen brengen hem er hoogstens toe samenloop te verdelen in geoorloofde, ongeoorloofde en 'gemengde' samenloop.[36] Met het laatste bedoelt Baldus onder andere gevallen waarin samenloop afhankelijk is van het al of niet inbrengen van een verweer door de gedaagde. Het is geen fundamentele herordening van de materie. Het duidt wel op het besef dat het niet mogelijk is algemene regels te geven voor alle gevallen.

7 Terug naar het heden

De laatste zin van de vorige paragraaf brengt mij op de eerste alinea van een noot van Meijers bij een arrest van de Hoge Raad uit 1932. Het ging om de vraag of een contractspartij die gerechtigd was tot vernietiging van een koopovereenkomst inclusief eventuele schadevergoeding, in plaats daarvan, zonder vernietiging van de overeenkomst, een actie op grond van onrechtmatige daad kon instellen. Door eiser werd, met een (ongelukkig) beroep op Romeins recht, betoogd dat de regeling betreffende vernietiging op grond van bedrog een vordering uit onrechtmatige daad uitsloot. De Advocaat-Generaal en de Hoge Raad zagen een dergelijke uitsluiting nergens op gebaseerd en de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep. Meijers: 'De hier gegeven beslissing ligt op het gebied van den samenloop der rechtsvorderingen. Dit gebied geeft hierom dikwijls tot moeilijkheden aanleiding omdat niet voor alle gevallen één gelijke oplossing te geven is'.[37]

35 Ed. cit. fo. 40 Rb/Va (no. 22).

36 Baldus doet dit na het tractaat van Dinus, net als hij legist én kanonist, in herinnering geroepen te hebben. Zie Baldus de Ubaldis, *Commentaria omnia*, Vol. 5 (ed. Venetië 1599; repr. Goldbach 2004), fo. 95 Va no. 78 (*repetitio* op C. 2,1,3): 'Et licet Dom. Dyn. tractet hanc materiam in c. Nullus pluribus de reg. iu. lib. 6, alto et pulchro stylo: ego tamen istam materiam breviter trado, dicens, quod triplex est cumulatio, sc. permissa, non permissa, et mixta.' Volgens deze druk is de *repetitio* in 1380 in Padua gehouden (fo. 92 Rb). Misschien was het een jaar eerder. Zie D. Maffei, 'Baldo e Alberto Guidalotti fra Perugia e Padova', in: O. Condorelli (red.), *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Deel III, Rome 2004, p. 447-453 (452).

37 HR 16 december 1932, *NJ* 1933, p. 461-462. Vgl. Asser/Rutten 4-III (1983), p. 129.

Na het voorafgaande kijken we hier niet van op. Het is alleen jammer dat Meijers geen aanleiding heeft gezien tot wat historische beschouwingen. Onder het Oude BW was samenloop van rechtsvorderingen niet wettelijk geregeld. In het huidige ook niet. We blijven dus aangewezen op doctrine en rechtspraak. Het toeval wil dat begin dit jaar opnieuw een Advocaat-Generaal en de Hoge Raad zich hebben uitgelaten over samenloop, in een geval dat enige gelijkenis vertoont met het zojuist genoemde arrest. Het ging, zoals wel vaker bij samenloopkwesties, om de toepasselijkheid van verschillende aan op het geval toepasbare rechtsvorderingen verbonden termijnen. In dit geval de vervaltermijn van drie jaar waarbinnen men de verdeling van een (huwelijks)goederengemeenschap kan aanvechten (art. 3:200 BW). Kan na verloop van deze termijn nog een onrechtmatigedaadsactie worden ingesteld tegen de ex-partner die ten tijde van de verdeling het bestaan van een aanzienlijk (gemeenschaps)vermogen verborgen wist te houden? De Hoge Raad oordeelde dat dit mogelijk is gezien de bijzondere strekking van art. 3:200 BW (bescherming van de belangen van derden), iets dat ontbreekt aan de in dit geval in te stellen onrechtmatigedaadsactie.[38] Geen verrassende beslissing. Interessant is dat de Advocaat-Generaal Strikwerda zich in zijn conclusie (no. 12) in het algemeen uitgelaten heeft over samenloop.[39] Het is verbazingwekkend hoe weinig de opvatting van de A-G verschilt van de door Accursius en Dinus geformuleerde doctrine. Ik parafraseer: in beginsel is samenloop geoorloofd, tenzij het ene rechtsmiddel het andere uitsluit, of de verschillen in rechtsgevolg dwingen tot een keuze.

Heeft de tijd stilgestaan? Neen. Er zijn een tweetal zaken die het denken over samenloop tegenwoordig beïnvloeden (vertroebelen, zo men wil).[40] Eén is het idee dat alleen in een actiënstelsel als het Romeinse zich samenloopproblemen voordoen. We hebben gezien dat Dinus de band met het romeinsrechtelijke actiënstelsel al losser heeft gemaakt, en daarin gevolgd is door in het bijzonder Bartolus en Baldus.[41] Dat dit idee nu nog (weer) rondwaart heeft te maken met de enorme invloed van de 19e-eeuwse Pandektisten, die bij voorkeur teruggrepen op het Romeinse recht uit de Oudheid, en veel minder op zijn latere interpreten. Evenzeer 19e-eeuws is de gedachte dat samenloop een nederlaag is voor de rechtsvinding, dat het wijst op een gebrek aan creativiteit in het vinden van één oplossing.[42] Het is een idee dat behoort tot de categorie 'overspannen' verwachtingen die men pleegt te koesteren bij

38 Het gaat om HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62.

39 Voor een bespreking van het arrest, zie A.J.M. Nuytinck, 'Samenloop in het verdelingsrecht', *AA* 2007, p. 515-519.

40 Voor een voorbeeld (en zijn weerlegging), zie J.H. Nieuwenhuis, 'They still rule us from their graves', *WPNR* 6693 (2007), p. 1-6 (over Schoordijk).

41 Volgens sommigen is deze ontwikkeling al te zien bij Accursius. Zie H. Lange, 'Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abt. 71 (1954), p. 319-347 (334-337).

42 Zie hierover eveneens Nieuwenhuis 2007.

de totstandkoming van een codificatie, net als het idee dat interpretatie daarna overbodig zal worden. Recht staat echter niet stil, en zelfs het best doordachte stelsel moet in de loop van de tijd concessies doen aan de eisen van de praktijk. Veel van de theorievorming over samenloop, en geënt op romeinsrechtelijke basis, bleef dan ook theorie. Ik besluit daarom met twee middeleeuwse praktijkjuristen en tijdgenoten van Bartolus. De eerste is Albericus de Rosate († 1360). Hij schrijft:[43]

> 'Over samenloop hebben de oude en moderne doctoren lange (hersen)spinsels gewrocht, maar in de grond heb ik alleen gezien dat in acht genomen werd hetgeen uitvoerig behandeld is door professor Dinus (…) door Joannes Andreae (…) en door Azo. En al is het onderwerp samenloop subtiel, ik heb het zelden zien plaatsvallen in de praktijk, omdat advokaten, ter vermijding van ingewikkelde processen, in het algemeen eerst in één instantie procederen, en vervolgens in een andere naar voren brengen wat gecumuleerd kan worden.'

Wat men ook moge denken over de motieven van de advocaten in deze observatie over de Noord-Italiaanse praktijk, het is duidelijk dat de opvatting van Dinus en Azo (en dus ook Accursius) het beste aansloot bij de juridische werkelijkheid. Albericus besteedt in het vervolg niet meer dan 25 regels aan ons onderwerp. De tweede, in dit geval Zuid-Franse practizijn is Jean Faure († 1340). In zijn commentaar op Inst. 4,6,34 *Si minus* schrijft hij naar aanleiding van de vraag wat het gevolg is als iemand bewijs kan leveren voor het bestaan van een overeenkomst van bruikleen, maar ageert op grond van een andere actie:[44]

> 'Maar deze kwestie kan zich vandaag de dag in de praktijk nauwelijks voordoen, omdat naar kanoniek recht de naam van de actie niet wordt aangegeven (zie X. 2,1,6), en evenmin krachtens de gewoonte van de seculiere rechter.'

Wat dan overblijft is de materieelrechtelijke benadering van samenloop zoals geformuleerd door enkele 13e-eeuwse juristen en in haar essentie aangehangen door onze Hoge Raad.

---

43 Commentaar op C. 2,1,3 (ed. Venetië 1586; herdr. Sala Bolognese 1979), fo. 73 Ra (no. 15 i.m.): '(…) de cumulatione antiqui et Moderni Doctores longas filaterias fecerunt, sed tandem vidi teneri quod plene notatur per dominum Dynum extra de reg. iur. cap. Nullus pluribus, libro vj. et ibi etiam per Ioannem Andr. et de elect. cap. Ut quis duas [*Liber Sextus* 1,6,25], et per Azonem in summa de ordi. iudi. § i. Et licet cumulationis materia sit subtilis, raro tamen vidi contingere in practica, quia advocati nolentes intricare processus communiter procedunt in prima, demum in alia instantia proponent quod cumulari posset.' Joannes Andreae († 1348) was een vooraanstaand kanonist. Zijn commentaar op *Ut quis duas* levert geen nieuwe gezichtspunten op voor ons onderwerp. Hetzelfde geldt voor de plaats in Azo's summa.

44 Joannes Faber, *In quatuor Institutionum Libros Commentarii* (ed. Venetië 1582), fo. 159 Rb: 'Sed haec quaestio vix potest cadere in facto hodie, cum nomen actionis non exprimatur de iure canonico, ut extra de iud. c. Dilecto [X. 2,1,6], nec de consuetudine curiae laicalis.'

DEEL II

Samenloop van wetsbepalingen in het BW

4 Papinianus of Modestinus? Over de curieuze achtergronden van een curieus geval van samenloop

W.J. Zwalve[■]

1 INLEIDING

Het nieuwe Nederlandse burgerlijke wetboek bevat in zijn art. 6:10 en 6:12 BW twee verschillende regelingen van de wijze waarop een hoofdelijke schuldenaar, die méér heeft betaald dan hetgeen waarvoor hij draagplichtig is, verhaal kan nemen op de overige schuldenaren. Tussen deze beide verhaalsmogelijkheden bestaat samenloop[1] en wel in die zin dat zij beide strekken tot schadeloosstelling van de hoofdelijke schuldenaar, maar de ene bepaling doet zulks door aan de hoofdelijke schuldenaar een eenvoudige, persoonlijke vordering tot schadeloosstelling toe te kennen die lijkt te zijn gebaseerd op het algemene rechtsbeginsel dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken, terwijl de andere bepaling *hetzelfde doel* tracht te bereiken langs de weg van *subrogatie*, waarbij dus de betaald hebbende hoofdelijke schuldenaar treedt in de rechten van de schuldeiser, waaraan een geheel andere rechtsgrond ten grondslag kan liggen en die meestal bijzondere modaliteiten kent. Die keuzemogelijkheid is niet nieuw: zij was óók voorzien in het Oude BW (OBW), dat in de art. 1329 en 1438, 3º OBW eenzelfde samenloop kende. De laatstgenoemde bepalingen corresponderen, op haar beurt, met de artikelen 1214 en 1251, 3º Cc/BBW. Dit geval van samenloop heeft een buitengewoon curieuze achtergrond, die in het onderstaande nader zal worden toegelicht.

Teneinde misverstanden te vermijden, dient daarbij op het navolgende te worden gewezen. Art. 7:850, lid 3 BW verklaart de bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen uit Boek 6, zoals de artikelen 6:10 en 6:12, van toepassing op borgtocht en in de onderstaande beschouwingen staat de toepassing van deze bepalingen op borgtocht centraal. Waar daarom in het navolgende over borgtocht zal worden gesproken, is slechts de *hoofdelijke* borgtocht aan de orde: de bepaling van art. 7:855 over het principieel subsidiaire karakter van borgtocht is, ten aanzien van andere borgen dan particuliere, van regelend recht. Er wordt daarom in het onderstaande, voor zover het huidige Nederlandse recht aan de orde is, voorondersteld dat die subsidiariteit is uitgesloten.

■ W.J. Zwalve is hoogleraar Historische ontwikkelingen van het recht, Universiteit Leiden.

1 C.J.H. Brunner, in Brunner/De Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer 1999, no. 48 (p. 39).

2 Het Romeinse recht

Evenals in het huidige recht, was borgtocht in het Romeinse recht een species van de rechtsfiguur van passieve hoofdelijkheid. In het prae-Justiniaanse, 'klassieke', Romeinse recht was *hoofdelijke* borgtocht de regel: de subsidiaire aansprakelijkheid van de borg zoals wij die nu kennen in art. 7:855, lid 1 BW gaat terug op een revolutionaire vernieuwing van de rechtsfiguur van borgtocht door keizer Justinianus in zijn Novelle 4 (535). Vóórdien was de borg – een enkele, hier niet ter zake doende, uitzondering daargelaten – per definitie hoofdelijk aansprakelijk naast de debiteur. Borgtocht namelijk kwam als regel – hetzij door middel van *sponsio*, hetzij door middel van *fideiussio*[2] – tot stand doordat de borg aan de crediteur hetzelfde (*idem*) beloofde te betalen als de debiteur aan de crediteur was verschuldigd. In deze simpele vaststelling ligt de verklaring van de vraag waarom het Romeinse recht vanouds een probleem heeft gehad met het regres van de betaald hebbende borg.[3] Het verdient aanbeveling daarbij een onderscheid te maken tussen het verhaal van de borg op de principaal draagplichtige debiteur en zijn verhaal op eventuele andere borgen. Ik zal met het eerste beginnen.

2.1 Regres op de debiteur

Als er tussen de debiteur en de borg een contractuele rechtsbetrekking bestaat (men denke in het bijzonder aan lastgeving (*mandatum*)), is er geen probleem: dan beschikt de borg over een contractuele rechtsvordering (bijvoorbeeld de *actio mandati*) waarmede hij zijn schade op zijn contractspartij (de debiteur) kan verhalen. Wat echter als zo'n contractuele rechtsbetrekking er *niet* is? Paulus zegt hieromtrent het volgende:[4]

> D. 17,1,20,1: 'Een borg heeft de actie op grond van zaakwaarneming als hij zich borg heeft gesteld voor een afwezige; hij heeft geen actie op grond van lastgeving, omdat er geen opdracht is vooraf gegaan'.

Paulus' opvatting lijkt te zijn ingegeven door het feit dat de borg de schuld van een ander heeft betaald en iemand die ongevraagd andermans schuld

2 Het klassieke Romeinse recht kende verschillende vormen van borgtocht: *sponsio* (vanwaar ons begrip 'sponsor'), *fidepromissio, fideiussio* en het *mandatum pecuniae credundae*. Zie daarover M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p. 660 e.v. In Justinianus' codificatie zijn de onderlinge verschillen tussen deze verschillende vormen van borgtocht verdwenen.

3 Zie over het regres in het Romeinse recht G. Wesener, 'Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht', in *Labeo* 11 (1965) p. 341 e.v.

4 Paulus, *libro undecimo ad Sabinum*: fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.

betaalt, heeft een vordering uit zaakwaarneming op de debiteur die daardoor is verrijkt:[5]

> D. 3,5,42(43): 'Omdat je ten name van iemand die je dat niet heeft opgedragen geld hebt betaald, komt je de actie uit zaakwaarneming toe, omdat de debiteur door die betaling is bevrijd van zijn crediteur'.

De beide teksten wekken licht de indruk alsof het Romeinse recht een eenvoudig, helder en duidelijk antwoord had op de zojuist gestelde vraag en bovendien een even heldere motivering ervan. Bij nader inzien blijkt echter dat een regres van de borg op de debiteur veel minder voor de hand lag dan men geneigd is op grond van de beide bovenstaande teksten aan te nemen.

Ter nadere illustratie van het feit dat het regres van de borg in het klassieke, voor-Justiniaanse Romeinse recht niet als ware het vanzelfsprekend was gebaseerd op verrijkingsrechtelijke beginselen zoals hierboven uiteengezet, zij ook op het volgende gewezen. Wij weten, door de herontdekking van Gaius' Instituten, dat het regres van de borg in het klassieke Romeinse recht bij de oudste vorm van borgtocht, die door middel van *sponsio*, was gebaseerd op wat wij een 'onrechtmatige daad' zouden noemen. Een schuldenaar die de borg niet schadeloos stelde, pleegde een 'delict'. De borg kon met de zogeheten *actio depensi* de schuldenaar laten veroordelen tot het betalen van het dubbele van zijn schade.[6] Deze vorm van regres werd geïntroduceerd *bij wet* (de *lex Publilia*), hetgeen verduidelijkt dat men het problematisch achtte om dat regres op algemene vermogensrechtelijke beginselen te baseren. In het Justiniaanse recht is deze vorm van regres verdwenen.[7]

Het is goed daarbij een ogenblik nader stil te staan, omdat daardoor veel van de eigenaardigheden die nog zullen volgen kunnen worden verklaard. Iemand die zich, zonder zich daartoe *contractueel* jegens de debiteur te hebben verplicht, voor een ander borg stelt, doet dat door hetzelfde te beloven als die ander is verschuldigd. Dit is de reden waarom de vraag naar het regres – althans naar Romeinse begrippen – in zo'n geval niet voor de hand lag, want als de borg door de crediteur werd aangesproken betaalde hij – naar diezelfde Romeinse begrippen – niet zozeer de schuld van een ander, als wel *zijn eigen schuld* en het lag niet voor de hand om aan iemand die zijn eigen schuld betaalde daarvoor een verhaalsmogelijkheid op anderen te bieden, *behalve*

5 Labeo, *libro sexto posteriorum epitomatorum a Iavoleno*: cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit. Zie ook D. 3,5,38(39).

6 Zie hierover Gaius 4,22; 3,127; 4,9 en 4,171.

7 Men vergelijke Inst. 3,20,6 en Gaius 3,127.

indien die anderen zich daartoe contractueel hadden verplicht.[8] Ik wijs er daarbij op dat in de hierboven aangehaalde tekst (D. 3,5,42(43)), waarin een vordering uit zaakwaarneming wordt toegekend aan iemand die andermans schuld betaalt, uitdrukkelijk wordt medegedeeld dat die solvent 'ten name van de debiteur' moet hebben betaald; aan de borgstelling gaat een overeenkomst vooraf waarbij de borg *zichzelf* tot betaling verplicht, zodat hij, als hij wordt aangesproken tot betaling, in beginsel zijn eigen schuld voldoet. Dit lijkt de reden waarom de grote jurist Papinianus de hier aan de orde gestelde vraag op een geheel andere wijze lijkt te hebben benaderd dan Paulus (in D. 17,1,20,1):[9]

> D. 17,1,28: 'Papinianus zegt in het vierde boek van zijn *Vraagstukken* dat als een lasthebber van de debiteur betaalt, de debiteur niet van rechtswege is bevrijd (want op grond van de opdracht heeft hij aan zijn eigen verplichting en op eigen naam voldaan) en daarom meent hij dat de acties tegen de debiteur aan de lasthebber moeten worden gecedeerd'.

De schuld van de debiteur ging, zo benadrukt Papinianus, door betaling door de borg niet *van rechtswege* teniet en daarom, zo stelt hij vast, moest de crediteur zijn vordering op de debiteur aan de borg *cederen*. Dit lijkt een ietwat wonderlijke vaststelling, omdat de borg uit hoofde van de overeenkomst van lastgeving al een zelfstandige vordering (de *actio mandati*) tegen zijn lastgever, de debiteur, lijkt te hebben. De tekst behandelt echter een geval waarin van een dergelijke contractuele relatie tussen de borg en de debiteur geen sprake is. Deze vaststelling verdient enige nadere toelichting.

Men dient de tekst van D. 17,1,28 te lezen in samenhang met de onmiddellijk voorafgaande passage, te weten:[10]

> D. 17,1,27,5: 'Als je in opdracht van mij crediet hebt verschaft aan Titius en tegen mij op grond van lastgeving procedeert, dan kan ik niet anders worden veroordeeld dan nadat je de acties die je tegen Titius hebt aan mij hebt gecedeerd'.

---

8 Dit lijkt mij ook de verklaring van het gegeven dat een hoofdelijke mede-schuldenaar zich jegens de vordering van de schuldeiser niet kon beroepen op het feit dat één der andere hoofdelijke schuldenaren een voor compensatie vatbare tegenvordering op de schuldeiser had. De uitzondering betrof het geval waarin tussen de hoofdelijke mede-schuldenaren een maatschap bestond: 'als twee hoofdelijke schuldenaren geen maten zijn, strekt aan de één niet tot voordeel wat de schuldeiser aan de andere hoofdelijke schuldenaar is verschuldigd' (D. 45,2,10 (Papinianus): si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet).

9 Ulpianus, *libro decimo quarto ad edictum*: Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

10 Gaius, *libro nono ad edictum provinciale*: si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Het gaat in dit geval om een bijzondere borgtochtsfiguur, het zogeheten *mandatum pecuniae credundae*: de lastgever (lees: de borg) geeft opdracht aan de lasthebber (lees: de crediteur) om aan een derde (lees: de debiteur) crediet te verstrekken. Als de derde niet betaalt, is de lastgever (de borg) jegens de lasthebber (de crediteur) aansprakelijk uit hoofde van het contract. De borg kan echter slechts worden veroordeeld op voorwaarde dat de crediteur zijn vordering op de debiteur aan de borg cedeert. Dit vindt zijn verklaring in het gegeven dat bij een dergelijke, niet ongebruikelijke, vorm van borgtocht er in beginsel geen enkele contractuele relatie bestaat tussen de borg en de debiteur voor wie hij zich borg heeft gesteld. Onmiddellijk daarop volgt de 'lex Papinianus' (D. 17,1,28), waarin eveneens een dergelijke vorm van borgtocht wordt voorondersteld. De lasthebber (lees: de borg) betaalt aan de crediteur; door die betaling wordt de debiteur *niet* bevrijd en wel omdat de borg aan zijn eigen verplichting als 'borg' (lastgever) voldoet; er is – in beginsel – geen contractuele relatie tussen de 'borg' (lastgever) en de debiteur en daarom dienen de vorderingen van de crediteur aan de 'borg' (lastgever) te worden gecedeerd. Waar het Papinianus om ging was dat de debiteur niet *van rechtswege* was bevrijd door de betaling van de borg. Het ging Papinianus bovendien, naar mijn indruk, niet zozeer om het verhaal van de borg *op de debiteur*, als wel om de vraag of de borg zich kon verhalen *op de overige borgen*. Dán konden zich bovendien óók andere situaties voordoen waarin de borg niet beschikte over een op overeenkomst gebaseerd verhaalsrecht tegen de schuldenaar.

2.2 Regres op de overige borgen

Het was in het Romeinse zakenleven gebruikelijk om voor een bepaalde schuld meer dan één borg te verlangen en als dat het geval was, rees de vraag op welke wijze één van de borgen die de schuld in haar geheel had voldaan regres kon nemen op de overige. Oók hier golden de reserves die hierboven ter sprake zijn gebracht: het leek niet voor de hand te liggen om aan iemand die zijn eigen schuld had betaald daarvoor een verhaalsmogelijkheid op anderen te bieden, *tenzij* die anderen zich daartoe contractueel jegens de borg hadden verplicht. Het kwam inderdaad voor dat iemand zich jegens een borg contractueel verplichtte om zich voor andermans schuld borg te stellen. Een mooi voorbeeld van een situatie zoals die Papinianus in D. 17,1,28 voor ogen moet hebben gestaan vindt men in:[11]

> D. 17,1,21: 'Als ik mij op last van een ander voor jou borg heb gesteld, dan kan ik tegen jou geen vordering op grond van lastgeving instellen'.

11 Ulpianus, *libro quadragensimo septimo ad Sabinum*: cum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati.

In een geval als dit beschikt de tweede borg niet over een op overeenkomst gebaseerd verhaalsrecht tegen de debiteur voor wie hij zich borg heeft gesteld, maar slechts over een verhaalsrecht tegen degene in wiens opdracht hij zich borg heeft gesteld. Als nu zo'n contractuele relatie tussen de borgen ontbreekt, hetgeen niet zelden het geval zal zijn geweest, rijst de vraag of – en, zo ja, op welke wijze – de borg die heeft betaald regres kan nemen op de overige borgen. Ook hier lijkt het – zeker voor de huidige jurist – voor de hand te liggen de eenvoudige weg te kiezen: de borgen zijn ten gevolge van de betaling door één van hen van hun aansprakelijkheid bevrijd en zij zijn daarom verrijkt ten koste van één hunner. Deze kan daarom de overige borgen aanspreken met de vordering op grond van zaakwaarneming (*actio negotiorum gestorum*). Het lijkt inderdaad, zeker gelet op hetgeen hierboven werd vastgesteld omtrent het verhaalsrecht van de borg op de debiteur, óók naar Romeinse begrippen voor de hand te hebben gelegen, maar zo eenvoudig lag het niet, zeker niet bij het regres op de andere borgen. Oók hier speelde de gedachte een rol dat een borg die heeft betaald, niet heeft voldaan aan de schuld van anderen (de overige borgen), maar aan *zijn eigen schuld* en dat hij daarom *per definitie* géén verhaalsrecht heeft op de andere borgen. Een en ander vindt zijn bevestiging in een rescript van keizer Alexander Severus (de pupil van Ulpianus) uit het jaar 229:[12]

> C. 8,40(41),11: 'Als één van de borgen de hele schuld betaalt, heeft hij geen actie tegen hem die zich tegelijk met hem borg heeft gesteld (1) Maar U had natuurlijk, toen U aan de 'fiscus' betaalde, kunnen eisen dat het pandrecht dat de fiscus had aan U werd overgedragen en als dat is gebeurd, had U van de gecedeerde acties gebruik kunnen maken, *hetgeen óók gebruikelijk is bij gewone schulden*'.

De borg die heeft betaald, heeft, zo wil het de constitutie, *van rechtswege* geen enkel verhaal op zijn mede-borgen en dus kan dat slechts worden gerealiseerd langs de weg van cessie van acties.[13] Die verhaalsmogelijkheid lijkt haar oorsprong te hebben gevonden in de aansprakelijkheid van voogden (*tutores*). Het was, evenals bij borgtocht, onder Romeinen gebruikelijk om verschillende personen tot voogd te benoemen. Ieder van hen was met de *actio tutelae* jegens

12 Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit. 1. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. *Quod et in privatis debitis observandum est* (229) (cursivering toegevoegd).

13 Vgl. ook D. 46,1,39: 'Er dient géén actie te worden gegeven dat een borg tegen een mede-borg procedeert. En dus, als twee borgen hetzelfde verschuldigd zijn, terwijl de één door de crediteur is gekozen en het geheel heeft betaald en *de vorderingen niet aan hem zijn gecedeerd*, kan de ander niet door de crediteur en niet door de mede-borg worden aangesproken' (Modestinus, *libro secundo Regularum*: ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit *nec ei cessae sint actiones*, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur) (cursivering toegevoegd).

de pupil hoofdelijk aansprakelijk voor het door hen gezamenlijk gevoerde beheer van het vermogen van de pupil. Tussen de voogden onderling bestond echter – in beginsel – géén contractuele rechtsbetrekking en daarom rees de vraag op welke wijze een voogd die door de pupil was uitgewonnen regres kon nemen op de overige voogden.[14] Men vond hiervoor de oplossing dat de voogd zich de actie van de pupil tegen de andere voogden liet cederen, zodat de voogd als cessionaris van de de pupil verhaal kon nemen op de overige voogden die naast hem aansprakelijk waren. Uiteraard rees de vraag op welk tijdstip die cessie diende plaats te vinden, want was het niet zo dat er, als er was betaald vóórdat de vordering was gecedeerd, niets meer te cederen viel omdat de vordering (en daarmee de actie) teniet was gegaan door betaling? De vraag staat centraal in:[15]

> D. 46,3,76: 'Modestinus heeft het advies gegeven dat, als de acties enige tijd later zijn gecedeerd dan dat waarop een onvoorwaardelijke betaling heeft plaats gevonden van alles wat op grond van de voogdij is verschuldigd, de cessie geen enkel gevolg heeft, omdat er geen enkele actie meer bestaat: maar dat, als dat vóór de betaling is geschied, of, als er is overeengekomen dat de acties zouden worden gecedeerd en er toen was betaald en vervolgens gecedeerd, de acties onverlet blijven, daar er toch in het laatste geval veeleer een prijs lijkt te zijn betaald voor de gecedeerde acties dan een actie die [door betaling] teniet is gegaan'.

Het betoog van Modestinus is gebaseerd op de vooronderstelling dat een schuld *van rechtswege* teniet gaat als één van de voogden betaalt, maar was dat ook inderdaad het geval? De voogd immers was aansprakelijk *in zijn hoedanigheid van voogd*, dat wil dus zeggen dat hij, als hij had betaald, niet *andermans* schuld, maar zijn eigen schuld had voldaan en het lag daarom niet voor de hand aan te nemen dat die van de andere voogden daardoor *van rechtswege* teniet ging.

Anders dan een borg die had betaald, hadden voogden die waren uitgewonnen door een pupil nog een andere mogelijkheid van regres dan alléén die gebaseerd op cessie van acties: zij beschikten tevens over de mogelijkheid om met een 'bijzonderlijk op hun geval toegesneden actie uit zaakwaarneming'

---

14 De pupil was per definitie aansprakelijk ten opzichte van de voogd voor de onkosten die deze ten behoeve van de pupil had gemaakt: zie daarover de gehele Digestentitel 27,4. Als de voogd schulden van de pupil had betaald, was er dus geen cessie van acties nodig teneinde verhaal op de pupil te kunnen nemen: dáárvoor beschikte de voogd over de *actio tutelae contraria*.

15 Modestinus, *libro sexto Responsorum*: Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.

(*actio negotiorum gestorum utilis*) op te treden tegen de andere voogden.[16] Men heeft zich sinds de Middeleeuwen het hoofd gebroken over de vraag waarom dat bij voogden wel zo was en bij borgen niet; de meest voor de hand liggende verklaring is dat voogdij een *munus publicum* is dat niet kan worden geweigerd, terwijl men borgtocht vrijwillig op zich neemt. Dat verklaart waarom het recht voogden gunstiger is gezind dan borgen.

Er is hierboven al op gewezen dat het *om dezelfde reden* niet voor de hand lag dat een borg regres had op de andere borgen en dat daarom moest worden gewerkt met de omweg van cessie van acties. Daartoe was echter een bijzondere rechtshandeling vereist, want die cessie geschiedde niet van rechtswege: er was – nog – géén sprake van subrogatie, dat wil zeggen cessie uit kracht der wet. Dan rijst de lastige vraag of er nog na betaling gecedeerd kan worden. Modestinus geeft daarop een ontkennend antwoord, maar Papinianus acht die mogelijk. De uiteenzetting van Papinianus in D. 17,1,28 wordt bevestigd door zijn (iets jongere) tijdgenoot Paulus die het volgende opmerkt:[17]

> D. 46,1,36: 'Als iemand, die een schuldenaar en borgen heeft, na van één van de borgen de verschuldigde som in ontvangst genomen te hebben, de acties overdraagt, zou men kunnen zeggen dat er geen meer zijn en wel omdat hij het zijne heeft ontvangen en allen door de inontvangstneming zijn bevrijd. Maar dat is niet zo, want hij heeft het niet ontvangen ten titel van delging van een schuld, maar hij heeft als het ware de vordering op zijn debiteur verkocht en daarom heeft hij de acties en wel omdat hij daartoe gehouden is, dat wil zeggen dat hij de acties overdraagt'.

Er bestond dus, zo kan samenvattend worden vastgesteld, een meningsverschil onder de 'klassiek'-Romeinse juristen over de rechtsgevolgen van een betaling door iemand die zich voor de schuld van een ander borg had gesteld: Papinianus, Paulus en Ulpianus zagen daarin niet de betaling van de schuld van een ander, maar slechts de voldoening aan een zelfstandige verplichting, terwijl Modestinus die zag als de betaling van de schuld van een ander. Aan het laatstgenoemde standpunt is – noodzakelijkerwijze – de gevolgtrekking verbonden dat de borg die heeft voldaan zich op grond van zaakwaarneming kan verhalen op de debiteur en, natuurlijk, de andere borgen, want iemand die *andermans* schuld heeft betaald kan zich met de *actio negotiorum gestorum* verhalen op de debiteur die daardoor is verrijkt.[18] Uit het eerstgenoemde standpunt, dat van Papinianus (*en* dat van de Romeinse wetgever in

16 Zie hiervoor C. 5,58,2 en D. 27,3,1,13.

17 Paulus, *libro decimo quarto ad Plautium*: cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

18 D. 3,5,42(43); zie daarvoor hierboven bij noot 5.

C. 8,40(41),11), vloeit voort dat een dergelijke – verrijkingsrechtelijke – benadering is uitgesloten en dat *daarom* het verhaal van de borg slechts kan worden bewerkstelligd langs de weg van cessie van de vordering van de credieur. De beide benaderingen sluiten elkander dus uit: *ofwel* men kiest voor een verrijkingsrechtelijke benadering (die van Modestinus), *ofwel* men kiest voor die van de cessie van acties (de zienswijze van Papinianus).

Het verhaalsrecht van 'gewone' hoofdelijke schuldenaren wordt aan de orde gesteld in een constitutie uit 287, afkomstig van de keizers Diocletianus en Maximinianus:[19]

> C. 8,39,1 (40,2): 'Een crediteur kan, als er twee hoofdelijke schuldenaren zijn, niet worden verhinderd de schuld op te eisen van degeen die hij wil. (1) En daarom zal de provincie-gouverneur, indien U hebt weten te bewijzen dat U als hoofdelijk debiteur bent aangesproken en hebt betaald, niet aarzelen U te hulp te schieten jegens degene met wie U gezamenlijk een geldsbedrag hebt geleend'.

Het rescript is overgenomen in de Codex Justinianus[20] en heeft latere generaties voor grote problemen geplaatst. De keizers immers erkennen een verhaalsrecht, maar geven niet aan op welke wijze, dat wil zeggen met welke actie of acties, dat kan worden afgedwongen[21] en al evenmin wat de nauwkeurige reikwijdte van de bepaling is: geldt zij, bijvoorbeeld, óók voor hoofdelijke borgen, of blijft het, voor wat *deze* betreft, bij de constitutie van 229 (C. 8,40(41),11), waarin met zoveel woorden staat bepaald dat borgen géén verhaal op elkander konden nemen, zodat het slechts langs de weg van cessie van acties kon worden bewerkstelligd?

3 Het gemene recht

Omdat de wet (C. 8,39,1 (40,2)) zweeg over de aard van de regresactie die de hoofdelijke schuldenaar tegen de overige hoofdelijke schuldenaren had, komt die vraag uitvoerig aan de orde in de Accursische glosse. Daarin wordt op verschillende mogelijkheden gewezen. Als er een contractuele rechtsbetrekking tussen de hoofdelijke schuldenaren bestaat, kan het verhaal natuurlijk daarop

19 Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit. (1) Et ideo, si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum, cum quo communiter pecuniam accepisti, non cunctabitur.

20 Er is iets bijzonders aan de hand met deze constitutie, die in de middeleeuwse traditie niet als eerste bepaling in de Codextitel 8,39 'Over hoofdelijke schuldeisers en schuldenaren' (*De duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi*) was geplaatst, maar als tweede bepaling in titel 8,40 'Over borgtocht' (*De fideiussoribus et mandatoribus*). De mij ter beschikking staande ruimte verbiedt het mij daarop hier in te gaan.

21 Zie de Gl. 'Creditor' op C. 8,39,1 (40,2): 'Maar zij geeft niet aan met welke actie' (sed non aperit qua actione).

worden gebaseerd. De Glosse dacht daarbij, net als de Romeinse juristen zelf, voornamelijk aan de *actio mandati* (lastgeving) en de *actio pro socio* (maatschapsactie). Maar wat, als er een dergelijke contractuele rechtsbetrekking *niet* bestond? In dit geval bestond, natuurlijk, de mogelijkheid dat de hoofdelijke schuldenaar zijn crediteur had verzocht hem de acties te cederen die deze tegen de schuldenaar en diens borgen had. Justinianus nu had in 535 aan hoofdelijke *borgen* uitdrukkelijk het recht toegekend om betaling te weigeren als de crediteur niet bereid was om die acties te cederen; nadien kan daarom van het 'voorrecht van cessie van acties' (*beneficium cedendarum actionum*) worden gesproken.[22]

Ik voeg er, wellicht niet ten overvloede, terzijde aan toe dat daardoor de positie van de borg aanzienlijk werd versterkt. Vóórdien was hij, in ieder geval voor wat betreft zijn verhaal op de medeborgen, aangewezen op de welwillendheid van de crediteur: die kon hem de cessie van acties weigeren. Het is weliswaar denkbaar dat een dergelijke weigering, als die werd gedaan bij een aanbod van betaling door de borg, werd aangemerkt als doleus en dat de cessie van acties werd afgedwongen via de omweg van de *exceptio doli*,[23] maar een *recht* op cessie had de borg vóór 535 niet. Ik vermoed daarom dat de introductie van het 'voorrecht van cessie van acties' samenhangt met het door Justinianus in 531 geïntroduceerde *beneficium divisionis* ('voorrecht van schuldsplitsing').[24]

Het 'voorrecht van cessie van acties' is niet uitdrukkelijk aan *alle* hoofdelijke schuldenaren verleend, maar de mogelijkheid bestond natuurlijk dat de crediteur zijn vorderingen op diens verzoek aan de hoofdelijke schuldenaar had gecedeerd. Wat echter als er was betaald, zonder dat de solvent zich de acties van de crediteur had laten cederen en noch de *actio mandati*, noch de *actio pro socio*, noch enige andere actie kon worden ingesteld die voortvloeide uit een bijzondere rechtsbetrekking tussen de solvent en de andere hoofdelijke debiteuren?[25] Welke actie kon de solvent in een dergelijk geval nog instellen?[26] Er waren geleerden die de opvatting waren toegedaan dat er in een dergelijk geval géén regresmogelijkheid bestond, maar de Accursische glosse verwerpt dat standpunt en wijst op de mogelijkheid van de actie uit zaakwaarneming, de *actio negotiorum gestorum* en wel omdat de debiteur door toedoen van de solvent was verrijkt.[27] De vraag was nu of dit rechtsmiddel óók beschikbaar was voor een hoofdelijke *borg* die de gehele schuld had voldaan, zonder zich op het *beneficium cedendarum actionum* te beroepen.

22 Nov. 4,1.
23 Dit lijkt mij de achtergrond van de bepaling van C. 8,40(41),2.
24 C. 4,18,3.
25 Gl. 'Iuvare' C. 8,39(40),1: 'Quid si nec fuit cessa?'.
26 Gl. 'Iuvare' C. 8,39(40),1: 'Quae actio locum habet?'.
27 Gl. 'Iuvare' C. 8,39(40),1: 'Quidam dicunt nullam (...) Tu dicas negociorum gestorum, nam licet suam obligationem dissolverit, tamen et alium liberaverit'.

'Als één van de borgen de hele schuld betaalt, heeft hij geen actie tegen hem die zich tegelijk met hem borg heeft gesteld', zo stond uitdrukkelijk vermeld in C. 8,40(41),11. De Accursische glosse werpt de vraag op of desondanks een actie uit zaakwaarneming kan worden ingesteld. Zij beantwoordt haar ontkennend en wel omdat betaling door een borg volgens de Glosse *niet* dient te worden beschouwd als de betaling van andermans schuld; zij beroept zich daarvoor uitdrukkelijk op D. 17,1,28 (de 'lex Papinianus').[28] Er werd dus een onderscheid gemaakt tussen de wijze waarop het verhaal van 'gewone' hoofdelijke schuldenaren werd geconstrueerd en die waarop het verhaal van een hoofdelijke borg kon worden gebaseerd: de eerstgenoemden hadden ofwel een contractsactie, ofwel een op ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde actie uit zaakwaarneming en daarenboven nog de mogelijkheid om krachtens een uitdrukkelijk daartoe strekkend beding cessie van acties te verkrijgen; de borg beschikte slechts over de laatste mogelijkheid. Bij de cessie van acties rees het hierboven reeds benadrukte probleem: wat te doen als er niet voorafgaande aan of op het moment van de betaling, maar nadien om cessie werd gevraagd? Modestinus achtte in een dergelijk geval cessie onmogelijk; Papinianus liet haar toe.

De middeleeuwer had geen andere mogelijkheid dan te proberen de beide teksten met elkander in overeenstemming te brengen, want voor hem behelsde het Corpus Iuris geldend recht. De Accursische glosse lost het probleem op door te stellen dat er twee gevallen zijn waarin de acties van de schuldeiser nog na betaling (*ex intervallo*) aan de solvent kunnen worden gecedeerd: als de solvent bij de betaling heeft gesteld dat hij aan de schuldeiser betaalt op voorwaarde dat hem diens acties worden gecedeerd ('solvo ut cedas'),[29] of dat er voorafgaande aan de betaling een daartoe strekkende overeenkomst tussen de solvent en de crediteur is gesloten.[30] Dat ging Bartolus (1313-1357) en zijn leermeester Dynus[31] nog niet ver genoeg. Hij meende,[32] op grond van D. 17,1,28 (de 'lex Papinianus'), dat iemand die 'accessoir' (*accessorie*) aansprakelijk was, zoals bijvoorbeeld een borg, moest worden verondersteld bij de betaling *niet* te hebben willen voldoen aan de verplichting van de debiteur zelf, maar aan zijn eigen, accessoire, verplichting (namelijk die om *als borg* te voldoen), zodat de schuld van de debiteur door die betaling niet

28 Gl. 'Non competit' op C. 8,40(41),11: 'quod fideiussor solvendo pro reo non liberat reum ipso iure, ut *ff Mandat. l. Papinian.* quia nec est proprie solutio'.

29 Zie de Gl. 'In solutum'op D. 46,1,36(37).

30 Zie de Gl. 'Nulla actio' op D. 46,3,76. In de Gl. 'Et ideo habet' op D. 46,1,36(37) wordt nog opgemerkt dat de solvent, als hij heeft vergeten een dergelijk beding te maken, na betaling altijd nog over een ander rechtsmiddel beschikt, te weten de actie uit zaakwaarneming. Ik wijs er, ter vermijding van misverstanden, op dat *die* mogelijkheid, gelet op de bepaling van C. 8,40(41),11, slechts open stond voor een gewone hoofdelijke schuldenaar, *niet* voor een borg. Zie ook hieronder noot 50.

31 Zie diens commentaar op D. 46,3,76 (de 'lex Modestinus').

32 Zie Bartolus in zijn commentaar op D. 46,3,76 (de 'lex Modestinus'); in de mij ten dienste staande editie (Turijn 1583) onder no 4.

van rechtswege teniet ging. Dáárom kon de actie tegen de debiteur ook nog nadien aan de solvent worden gecedeerd, zelfs als hij niet vóórdien iets dergelijk was overeengekomen, of bij de betaling tot uitdrukking had gebracht dat die onder voorwaarde van een latere cessie geschiedde.[33] Dit betekende dat een latere cessie alléén was uitgesloten indien een 'gewone' hoofdelijke debiteur zijn eigen schuld (dezelfde als die van de andere hoofdelijke schuldenaar) had voldaan zonder – ofwel vooraf, ofwel ten tijde van de betaling – te bedingen dat de crediteur hem zijn vordering tegen de andere debiteur moest cederen.[34] Hierbij is het heel lang gebleven,[35] totdat aan het einde van de zestiende en in de zeventiende eeuw nieuwe paden werden betreden in Frankrijk en in Holland.

4 De Rooms-Hollandse traditie en het 'ancien droit français'

Beschikt een borg, ook nadat hij heeft betaald aan de crediteur, zonder met deze afgesproken te hebben dat hem diens vorderingen zullen worden gecedeerd, over de mogelijkheid die vergissing ongedaan te maken en alsnog te verzoeken om cessie van die acties? De vraag wordt uitvoerig besproken door Johannes Voet in zijn ooit beroemde *Commentarius ad Pandectas*.[36] Een bevestigend antwoord op de zojuist gestelde vraag is, zo stelt hij vast, niet alleen in flagrante strijd met de bronnen (D. 46,3,76 (de 'lex Modestinus')), maar ook met de rede: men kan zich geen vorderingen laten cederen die reeds (door betaling) teniet zijn gegaan.[37] Niemand minder dan Hugo de Groot was van hetzelfde gevoelen.[38] Het moet de lezer die van het middeleeuwse debat heeft kennis genomen opvallen dat er hier sprake is van een leerstellige simplificatie. De rechtspraak wist beter, zoals blijkt uit een uitspraak van het voormalige Hof van Holland in de zaak van Floris Adriaansz tegen Claas Aalbregtsz.[39] Aan de uitspraak liggen de navolgende feiten ten grondslag:

Een zekere Lenaard Jansz. had een door een hypotheek en borgtocht verzekerde vordering op Cornelis Symonsz. De crediteur sprak de borg, Floris

33 Voor dit laatste geval was reeds in de Glosse (zie de Gl. 'Et ideo habet' op D. 46,1,36(37)) vastgesteld dat, indien er inderdaad géén cessie was gevolgd, het door de solvent betaalde door hem met een 'condictie' kon worden teruggevorderd.

34 Zo ook Bartolus in zijn commentaar op D. 46,3,76 (de 'lex Modestinus').

35 Zie bijvoorbeeld de vijftiende-eeuwse jurist Paulus de Castro (†1441), een zeer gezaghebbend auteur, in zijn commentaar op D. 46,3,76 (de 'lex Modestinus'); in mijn editie (Venetië 1582) onder no 3.

36 Voet, *Commentarius* (ed. Genève 1757) ad D. 46,1, onder no 30.

37 Voet, t.a.p.: Si enim post solutum sine ullo pacto totum, quod debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione agitur, cum nulla actio ultra supersit, solutione extincta (volgt verwijzing naar D. 46,3,76).

38 Zie *Inleidinge* 3,3,31: 'voor de betalinghe (*niet daer nae*)' (cursivering toegevoegd).

39 Neostadius, *Utriusque Hollandiae, Zeelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones*, ed. 's Gravenhage 1667, no 12 (p. 49).

Adriaansz., aan en verkreeg van deze betaling en wel zonder dat de borg zich had beroepen op het *beneficium cedendarum actionum*, noch daaromtrent enige afspraak met de crediteur had gemaakt. Twee maanden later blijkt Cornelis failliet te zijn verklaard, reden waarom Floris verzoekt om cessie van de door hypotheek verzekerde vordering van Lenaard. Nadat die aan hem is gecedeerd, tracht hij zich te verhalen op Claas Aalbregtsz., de bezitter van de voor de schuld van Cornelis verhypothekeerde zaak. De vraag was nu of de vordering en dus ook de hypotheek teniet waren gegaan door de betaling van de borg, zodat de cessie als nietig moest worden beschouwd.

Het Hof van Holland heeft de zaak beslist op basis van de 'lex Papinianus' (D. 17,1,28) en – zo is mijn stellige indruk – Bartolus' opvattingen daaromtrent. Het verwerpt namelijk uitdrukkelijk de stelling dat er, nadat er was betaald door een borg die geen beroep op het *beneficium cedendarum actionum* had gedaan, niets meer zou vallen te cederen omdat door diens betaling de verbintenis teniet zou zijn gegaan. Het Hof nam daarentegen, onder uitdrukkelijke verwijzing naar D. 17,1,28 (de 'lex Papinianus'), aan dat de borg nadien nog steeds kon verzoeken om cessie van de vordering van de crediteur, *tenzij* hij uitdrukkelijk voor de debiteur had betaald, maar als iets dergelijks niet was gesteld moest worden uitgegaan van de presumptie dat een borg niet voor de debiteur had betaald, maar voor zichzelf (*pro suo*), dat wil zeggen in zijn kwaliteit van borg, zodat hij ook nadien, zelfs zonder enig daartoe strekkend beding, om cessie van de vordering van de credieur kon verzoeken.[40] Dit komt overeen met hetgeen Bartolus hieromtrent had geleraard. De uitspraak behelst dus geen revolutionaire breuk met de gemeenrechtelijke traditie: hij bevestigt die veeleer.

De hierboven besproken zaak heeft een (bescheiden) rol gespeeld in de Nederlandse rechtsgeschiedenis en wel omdat zij is gebruikt ter onderbouwing van een standpunt waarover het Hof van Holland zich in het geheel niet heeft uitgelaten. Sterker nog: ten bewijze van een stelling die het Hof, gelet op de inhoud van zijn beslissing, met kracht van zich zou hebben gewezen. Het gaat om de overtuiging dat er in het geheel geen cessie nodig zou zijn om de solvent, met gebruikmaking van de actie van de crediteur, tegen de principale debiteur op te kunnen laten treden: die cessie zou *van rechtswege* plaatsvinden, dat wil dus zeggen door middel van wat wij tegenwoordig *subrogatie* noemen. Dit was het gevoelen dat werd verwoord door Simon van Groenewegen (1613-1652) in zijn 'Tractaat over afgeschafte en in onbruik geraakte bepalingen (uit

40 Na al deze rechtsoverwegingen stelde het Hof feitelijk vast dat, gelet op alle omstandigheden van het geval (zoals wij nu zouden zeggen), de borg *niet* voor zichzelf, maar uitdrukkelijk ten behoeve van de debiteur had betaald, zodat zijn vordering werd afgewezen. Zie Neostadius, a.w. no 12 (p. 51): 'Ende mitsdien was genoegsaam decisoir *nobilis glossa, quam D.D. reputant singularem, in* l. Papinianus 28, ff mandati.litt. Et sic pro reo judicatum est, qui per sententiam absolutus fuit'.

het Corpus Iuris)'.[41] In zijn opmerkingen bij de bepaling van C. 8,40(41),11[42] merkt hij op dat in Frankrijk in zijn tijd géén cessie meer nodig zou zijn, omdat die daar van rechtswege plaats zou vinden. Dat is, zo vindt hij, ook 'in overeenstemming met de eenvoud van onze gewoonten' (*a morum nostrorum simplicitate non alienum*).[43] Dit standpunt werd niet door iedereen gedeeld, maar het verduidelijkt dat de panelen aan het verschuiven waren. Groenewegen's stad- en tijdgenoot, Simon van Leeuwen (1626-1682), besteedt uitvoerig aandacht aan het hier aan de orde zijnde vragencomplex in zijn *Censura forensis*.[44] Hij verkondigt daar een standpunt dat nog steeds het Zuid-Afrikaanse is: de overgang van de vordering vindt weliswaar niet van rechtswege plaats, maar er kan te allen tijde – ook geruime tijd nadat er al betaling heeft plaatsgevonden – om cessie worden gevraagd.[45]

Uiteraard bleef er getwist worden over de vraag of er nog geruime tijd na de betaling door de borg om cessie van actie kon worden gevraagd, zoals óók was betoogd door Joannes van der Sande (1568-1638), auteur van een zeer gezaghebbend tractaat over cessie.[46] De beroemde Friese jurist Ulrik Huber (1636-1694) deelde die opvatting *niet*, omdat hij van mening was dat de vordering door betaling door de borg teniet was gegaan, zodat er nadien niets meer te cederen viel.[47] In de door mij gebruikte, voor de Duitse markt bestemde, editie van Hubers *Praelectiones* vindt men daarbij echter enige kritische kanttekeningen van de hand van niemand minder dan de bekende natuurrechtsgeleerde Christian Thomasius (1655-1728), die ook de eerste Duitse druk had bezorgd. Daaruit blijkt dat destijds óók in Duitsland stemmen op waren gegaan die de cessie zelfs overbodig achtten.[48] Thomasius (géén groot vriend van een al te conservatieve uitleg van het Romeinse recht) wijst er – onder verwijzing naar de opinie van Groenewegen – weliswaar op dat men niet al te snel moet aannemen dat een regel van Romeins recht buiten werking is gesteld, maar voegt daar later, in de tweede druk, aan toe dat het *beneficium cedendarum*

41 Simon à Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis*, ed. Leiden 1649, ad D. 46,3,76 (de 'lex Modestinus').

42 Zie daarvoor hierboven bij noot 12.

43 T.a.p. onder no 3. Hij wijst er daar echter óók op dat het 'veiliger' (*tutius*) is om tóch maar om cessie te vragen; uiteraard acht hij die ook mogelijk nadat er reeds is betaald.

44 Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, ed. Leiden 1688, Pars I, Lib. IV, Cap. XVII no 25 (p. 373-375).

45 Zie voor het Zuid-Afrikaanse recht *Turkstra v. Massyn* 1959 1 SA 40(T) en S. Scott, *The Law of Cession* (2d ed.), Kaapstad/Johannesburg 1991, p. 218 e.v., die haar voorkeur uitspreekt voor een systeem van subrogatie.

46 Joannes van der Sande, *Tractatus de actionum cessione* (in *Commentarii duo singulares*, Groningen 1681) cap. 7, no 11 en 12 (p. 35 – 36).

47 Ulrik Huber, *Praelectiones Juris Civilis* I, ed. Leipzig 1725, ad Inst. 3,21 onder no 8. 'nec idcirco aliud dici potest, quam cessionem obligationis extinctae nullius esse momenti' (tegen Van der Sande).

48 Thomasius verwijst met name naar Johann Jacob Wissenbach (1607-1665), in leven hoogleraar te Groningen en Franeker. Ik was, door de alleszins beroerd te noemen wijze van verwijzing van Thomasius, niet in staat de vindplaats te traceren waarnaar hij 'verwijst'.

actionum óók vreemd zou zijn aan de 'simplicitas' van het Duitse recht, hetgeen impliceert dat naar zijn gevoelen de cessie van acties van rechtswege plaatsvond.

Groenewegen beriep zich voor zijn gevoelen, inhoudende dat naar het destijds in Holland geldende recht geen cessie van actie meer nodig zou zijn, óók op een beroemde Franse auteur, te weten Bertrand d'Argentré (1519-1590), die in zijn commentaar op de 'Coutumes de Bretagne' enige beschouwingen wijdt aan het verhaalsrecht van een borg.[49] D'Argentré baseert zich daarin voornamelijk op het Bartolistische standpunt, maar hij merkt óók op dat dit aanleiding geeft tot, wat hij noemt, 'al te subtiele rechtsgeleerdheid' (*nimium subtilis iurisprudentia*) en 'letterknechterij' (*ex apicibus agere*). Daarom stemt hij in met de mogelijkheid om aan een borg in een dergelijk geval eenvoudigweg een *actio negotiorum gestorum 'utilis'* te geven, dat wil dus zeggen een bijzondere toepassing van de vordering uit zaakwaarneming.[50] In de marge van *dit* betoog liet zijn bewerker, zijn zoon Charles, drukken dat 'tegenwoordig geen cessie meer nodig is'.[51]

Het is soms, in het bijzonder bij Argentré, onduidelijk *welke* actie of acties 'van rechtswege' aan de borg toekomen: gaan de acties van de crediteur door betaling 'van rechtswege' over op de borg, of beschikt deze 'van rechtswege' over een *actio negotiorum gestorum utilis*, zodat dáárom 'geen cessie meer nodig is'. Naar wij nog zullen zien,[52] was het in Frankrijk gebruik geworden om – in strijd met het Romeinse recht (C. 8,40(41),11) – een dergelijke zaakwaarnemingsactie tegen de overige borgen toe te laten. Bij die stand van het toenmalige recht lijkt inderdaad aan een wettelijk regresrecht op basis van cessie van acties (of, zo men wil, subrogatie) geen behoefte meer te bestaan. Ik kan mij dan ook niet aan de indruk onttrekken dat dit de strekking is geweest van de, bij nadere beschouwing dus enigszins cryptische zin dat 'tegenwoordig geen cessie meer nodig is'. Inderdaad leek daardoor het oeroude en inderdaad met al te veel *subtilitates iuris* gepaard gaande debat over de vraag of de borg nog na betaling om cessie van de vorderingen kon vragen veel van zijn betekenis te hebben verloren: 'het ging', zoals men tegenwoordig pleegt te zeggen, 'nergens meer over'. De borg had immers, ook zonder cessie, een verhaalsrecht op de overige borgen, te weten de *actio negotiorum gestorum utilis*.

Voet verzet zich op principiële gronden tegen betogen als die van Groenewegen en Van der Sande, maar legt zich uiteindelijk neer bij de uitspraak van

---

49 B. d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, ed. Parijs 1660, Art. 213, gl. 2, no 4.

50 Hij beroept zich daarvoor op de hierboven, in noot 30, reeds gememoreerde Gl. 'Et ideo' op D. 46,1,36. Dat is sterk, want dat rechtsmiddel stond nu juist, krachtens het in C. 8,40(41),11 bepaalde, *niet* ter beschikking van de borg. Dat wist ook de Glosse: zie de Gl. 'Quaque actione' op D. 3,5,29(30) en de Gl. 'Non est' op D. 46,1,39. Zie ook het hierboven bij noot 16 opgemerkte.

51 T.a.p.: Hodie non est opus cessione. Deze marginale glosse komt in de Parijse editie uit 1608 van hetzelfde werk *niet* voor.

52 Zie bij noot 56.

het Hof van Holland: ook ná betaling kan een borg nog van de schuldeiser vragen om cessie van de acties tegen de overige borgen. Dit betekent in feite dat de borg zich *als hij dat wil* te allen tijde de vorderingen van de schuldeiser kan laten cederen. Van hier is het inderdaad nog maar een kleine stap naar de vaststelling dat de vorderingen van de schuldeiser tegen de andere borgen door betaling *van rechtswege* door subrogatie overgaan op de solvent. Dáárvoor nu was, in het hier aan de orde zijnde geval, in Frankrijk al in 1555 gepleit door de beroemde jurist Charles Dumoulin (Molinaeus (1500-1566)).[53] Zijn betoog (dat geheel was gewijd aan een – zoals altijd bij Dumoulin – tamelijk eigenzinnige uitleg van de 'lex Modestinus' (D. 46,3,76)) valt vrij eenvoudig weer te geven: iedere borg die een schuld in haar geheel voldoet, moet worden geacht te hebben bedongen dat hem de vorderingen van de crediteur worden gecedeerd, zodat door de betaling de vorderingen van de crediteur automatisch op hem overgaan.[54] 'Cette opinion de Dumoulin', schrijft Pothier, 'n'a pas prévalu, et l'on a continué d'enseigner dans les écoles, et de pratiquer au barreau, qu'un codébiteur solidaire, de même que les cautions, et tous ceux que payent ce qu'ils devoient avec d'autres ou pour d'autres, n'étoient subrogés aux actions du créancier *que lorsqu'ils avoient requis la subrogation*'.[55] Pothier zelf baseert zich, voor wat betreft de hier aan de orde zijnde vragen, op de 'lex Modestinus' (D. 46,3,76) en verkondigt een standpunt dat ten onzent door Voet en Huber (maar niet door de Hollandse rechtspraak en praktijk) werd verdedigd: men kan zich geen vorderingen laten cederen die reeds (door betaling) teniet zijn gegaan. Dan rest de borg nog slechts zijn actie op grond van zaakwaarneming tegen de debiteur en de overige borgen, die door hem – anders dus dan in het Romeinse recht – geheel gelijk worden gesteld aan gewone hoofdelijke schuldenaren. Pothier namelijk acht de bepaling van C. 8,40(41),11 niet meer van toepassing in Frankrijk en kent dus aan de borg die heeft betaald, naast de mogelijkheid die deze heeft om te vragen om cessie van de vorderingen van de crediteur, een *actio negotiorum gestorum utilis* toe tegen de overige borgen.[56]

53 Carolus Molinaeus, *Omnia quae extant opera* III, Parijs 1681, *Prima lectio Dolana* (ad leg. Modestinus), p. 387 e.v.

54 Molinaeus, a.w. onder no 23: (...) censetur tacite pacisci de omni alio iure suo reservando seu sine praejudicio iuris sui in aliis, id est, reservato iure cessionis et sic semper inest tacitum pactum, cum hoc sit de natura actus: cui numquam eiam per expressas generales renuntiationes censetur renunciari.

55 *Traité des obligations* no 280 (in *Oeuvres de Pothier* III, Parijs 1818, p. 182) (cursivering toegevoegd).

56 Pothier, a.w. no 282 (p. 189); vergelijk ook a.w. no 445 (p. 340 e.v.).

5 Conclusie

Pothier is enige jaren geleden, bij de viering van de 'bicentenaire' van de Code civil in 2004, in Frankrijk nog uitvoerig gefêteerd als de 'auteur anonyme du Code'. Daar schuilt, vooral voor wat het verbintenissenrecht betreft, veel waarheid in, maar de samenstellers van de Code hebben nu juist in het hier aan de orde zijnde geval niet *zijn* opvattingen overgenomen, maar die van Dumoulin.[57] Diens standpunt werd neergelegd in art. 1251, 3º Cc. Tegelijkertijd werd art. 1214 Cc, in navolging van Pothier, de 'gewone', op zaakwaarneming gebaseerde verhaalsactie aan de solvent toegekend; beide bepalingen worden voor de borgtocht herhaald in de artt 2028 en 2029 Cc. Ze werden overgenomen in de art. 1329, 1438, 3º en 1876 en 1877 OBW. Deze curieuze samenloop tussen een op zaakwaarneming gebaseerde regresvordering en een op subrogatie gebaseerd verhaalsrecht is gehandhaafd in de art. 6:10 en 6:12 BW. Het moge uit het bovenstaande duidelijk zijn geworden dat aan het verhaal krachtens subrogatie voorstellingen ten grondslag liggen die volstrekt vreemd zijn aan het moderne recht. Ten eerste is dat verhaal krachtens 'subrogatie', voor wat het Romeinse recht betreft, niet zozeer bedoeld geweest voor 'gewone' hoofdelijke debiteuren, maar slechts voor hoofdelijke borgen. Ten tweede is dat verhaal niet zozeer bestemd geweest om de borg verhaal te bieden op de debiteur voor wie hij heeft betaald, als wel om het verhaal op zijn medeborgen mogelijk te maken. Ten derde werd de bijzondere positie van de borg (en dus het verhaal krachtens subrogatie) ingegeven door het feit dat betaling door een borg niet zozeer werd gezien als de voldoening van de schuld van de debiteur, als wel de betaling van de persoonlijke verplichting die de borg op zich had genomen. Er werd, met andere woorden, door het Romeinse recht (nog) geen dwingende accessoire samenhang aangenomen tussen de schuld van de borg en die van de debiteur. Papinianus was zich daarvan terdege bewust; Modestinus daarentegen legde dat verband wel. Dit is de reden waarom de eerste nog na betaling cessie van acties toeliet en de tweede niet. De beide benaderingen sluiten elkander dus, zoals reeds werd vastgesteld, in principe uit en ik ben daarom eigenlijk van mening dat het verhaal krachtens subrogatie voor dit specifieke geval niet in een modern wetboek thuishoort: *hodie non est opus cessione*.

57 Zie de uitdrukkelijke verwijzing naar Dumoulin in het betoog van de staatsraad Bigot de Préameneu bij Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* XII, Parijs 1828, p. 370 ('quoiqu'il fût difficile à concilier avec les textes des lois romaines').

5 Samenloop van bijzondere overeenkomsten

A.G. Castermans & H.B. Krans[■]

1 INLEIDING

Was Poseidon een agent? De Rechtbank Utrecht legde de vraag voor aan het Europese Hof van Justitie.[1] Aan de orde was de goede werking van de gemeenschappelijke markt, waarvoor het noodzakelijk is handelsagenten een minimum aan sociale bescherming te verzekeren, de zekerheid in het handelsverkeer veilig te stellen en obstakels uit de weg te ruimen voor grensoverschrijdende agentuurovereenkomsten.

Maar wat heeft te gelden als Poseidon ook handelde als bemiddelaar, lasthebber of opdrachtnemer? Deze bijdrage gaat over de samenloop van bijzondere overeenkomsten. Het Burgerlijk Wetboek kent hiervoor een speciale bepaling, art. 6:215 BW. Geldt deze ook voor verschillende bijzondere overeenkomsten uit één titel? Deze vraag vormt de kern van het betoog. Eerst wordt art. 6:215 BW toegelicht, mede aan de hand van regels voor de arbeids- en huurovereenkomst. Vervolgens richten wij ons op de agentuurovereenkomst en verwanten uit Titel 7 van Boek 7 BW om uiteindelijk weer bij art. 6:215 BW uit te komen.

2 ARTIKEL 6:215 BW

Art. 6:215 BW luidt:

> 'Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.'

■ A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. H.B. Krans is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder burgerlijk procesrecht, bij de vakgroep privaatrecht en notarieel recht, Rijksuniversiteit Groningen. De auteurs schreven eerder over het onderwerp; zie A.G. Castermans & H.B. Krans, 'Gemengde overeenkomsten', *NbBW* 2003, p. 104-108.

1 Zie HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-3/04 (Poseidon Chartering BV/Marianne Zeeschip VOF c.s.).

Het gaat om een arbeidsovereenkomst die ook een lastgevingscontract is, of – bij een dienstwoning – ook een huurovereenkomst. Een koopovereenkomst die ook een aannemingscontract is. In dergelijke gevallen is sprake van samenloop van verschillende titels uit Boek 7. Steeds dienen de regelingen van de beide bijzondere overeenkomsten naast elkaar te worden toegepast, tenzij de regels elkaar niet goed verdragen of de aard van de overeenkomst zich tegen toepasselijkheid van beide regelingen verzet.

De waarde van deze regel is betrekkelijk, aldus de wetgever. Het eerste deel van art. 6:215 BW (tot 'behoudens') is niet meer dan een eerste aanwijzing om vast te stellen welke regel prevaleert.[2] Het tweede deel van art. 6:215 BW bepaalt dat de hoofdregel (cumulatie) moet wijken voor exclusiviteit, indien de voor toepassing in aanmerking komende voorschriften 'niet wel verenigbaar zijn'. De zin is zo elegant geschreven, dat er veel ruimte lijkt te bestaan voor het aannemen van exclusiviteit. Die indruk is onjuist.

De wetgever beschouwt art. 6:215 BW als 'een uitdrukking van wat in elk geval sinds 1992 voor samenloop van wetsbepalingen in het algemeen geldt'.[3] Algemeen aanvaard uitgangspunt bij samenloop van rechtsregels is cumulatie: de betreffende de regels gelden naast elkaar. Als dat tot onaanvaardbare resultaten leidt – en daarmee bedoelt de wetgever: onverenigbare resultaten; in strijd met de strekking van één van de betrokken bepalingen – is een andere oplossing nodig. In beginsel krijgt de gerechtigde dan de keuze welk rechtsgevolg hij wil inroepen (de zogenaamde alternativiteit). Als ook die route onbegaanbaar is, heeft een van beide regels exclusiviteit en kunnen slechts de daaraan verbonden rechtsgevolgen worden ingeroepen.[4] De Hoge Raad is streng: exclusiviteit mag alleen indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.[5]

Gelet op deze achtergrond dient ook het tweede deel van art. 6:215 BW beperkt te worden opgevat. Er is slechts ruimte voor exclusiviteit als de wet dit voorschrijft of onmiskenbaar meebrengt.

Is art. 6:215 BW dan een dode letter? Dat is niet het geval. Om te bepalen wat de wet voorschrijft of meebrengt biedt de bepaling goede, voor de hand liggende gezichtspunten: de mate waarin de voor toepassing in aanmerking komende bepalingen verenigbaar zijn en de mate waarin de strekking van die bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen exclusiviteit verzet. Hier volgen enkele toepassingen.

---

2 MvT Inv., *Parl.Gesch. Boek 6 Inv.*, p. 1432.

3 MvT Inv., *Parl.Gesch. Boek 6 Inv.*, p. 1432; MvT, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 8. Vgl. W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 457.

4 O.m. C.A. Boukema, *Samenloop*, Mon. BW A-21, Deventer: Kluwer 1992, p. 5.

5 Zie HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 51 en HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602, HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 471 (art. 6:248 en 258 BW), HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (art. 6:233 aanhef en onder a en 248 lid 2 BW) en HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 (art. 5:54 en 3:13 BW).

3 INVULLING VAN DE NORM

Gelet op zijn open karakter leent art. 6:215 BW zich voor invulling aan de hand van sub-regels of gezichtspunten. Het verbaast ook niet dat verschillende bijzondere overeenkomsten een eigen samenloopregeling kennen, voor situaties die in de ogen van de wetgever klaarblijkelijk vaak voorkomen. Dat is praktisch. Bij een overeenkomst van zogenaamd gecombineerd goederenvervoer – een overeenkomst waarbij de vervoerder zich verbindt dat het vervoer over verschillende media plaatsheeft, bijvoorbeeld door de lucht en over spoorwegen, of over binnenwateren en door een pijpleiding – gelden ex art. 8:41 BW voor ieder deel van het vervoer de op dat deel toepasselijke rechtsregelen. Krachtens art. 8:121 BW geldt hetzelfde voor gemengd personenvervoer. De prestaties bij deze twee gemengde overeenkomsten zijn gekoppeld aan bepaalde trajectdelen en de toepasselijke rechtsregels kunnen in zoverre relatief eenvoudig worden onderscheiden.

Ook de regeling van de arbeidsovereenkomst kent een eigen regel. Aanvankelijk overwoog de wetgever die bepaling te schrappen in verband met de invoering van art. 6:215 BW. Hij is hiervan teruggekomen, omdat art. 6:215 BW – anders dan het huidige 7:610 lid 2 BW – niet regelt welke bepalingen in geval van strijd voorgaan. Aan een dergelijke regel zou behoefte bestaan.[6]

Het huurrecht kende tot augustus 2003 een algemene regeling omtrent gemengde overeenkomsten, art.1624 BW (oud). Daarvan luidde de tweede zin van het eerste lid dat, indien een overeenkomst kenmerken bevat van enerzijds huur van bedrijfsruimte en anderzijds van een andere soort overeenkomst, beide relevante complexen van rechtsregels van toepassing waren, maar dat in geval van strijd tussen die bepalingen de bepalingen inzake bedrijfsruimtehuur prevaleerden. Deze oude 'strekkingsregel' zag alleen op overeenkomsten die kenmerken van huur en een andere benoemde overeenkomst bevatte.

Ten tijde van de invoering van het huidig huurrecht (augustus 2003) was de bedoeling dat op een later tijdstip een expliciete samenloopregel voor één type gemengde overeenkomst zou worden ingevoerd: bedrijfsruimtehuur die tevens voldoet aan de omschrijving van huurkoop van onroerende zaken (als bedoeld in voorgestelde art. 7.1.12.1). Bij die gemengde overeenkomst gelden de huurkoopbepalingen, aldus (het destijds beoogde) art. 7:290 BW.[7] Dit strookte met het uitgangspunt van wetsvoorstel 24 212 dat, op grond van de daarin figurerende goederenrechtelijke regels, de huurkoper bescherming biedt. Die (toen nog) toekomstige regeling van art. 7:290 BW beoogde bijvoorbeeld te voorkomen dat onwenselijke complicaties ontstaan bij overeenkomsten van

6 MvT, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15, waarover kort W. Snijders, 'De invloed van Boek 6 BW op het arbeidsrecht', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 7.

7 Zie art. XII Wet van 21 november 2002 tot vaststelling van afdeling 7.4.6 van het Burgerlijk Wetboek (huur van bedrijfsruimte), *Stb.* 2002, 588.

financiële lease van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW.[8] Het intrekken van wetsvoorstel 24 212 in april 2004 heeft er toe geleid dat die expliciete samenloopregel vooralsnog geen wet is geworden. Dat betekent naar ons idee dat art. 6:215 BW van kracht is: als de bedrijfsruimtehuur ook voldoet aan de omschrijving van een andere bijzondere overeenkomst zijn in beginsel beide wettelijke stelsels naast elkaar van toepassing.

Bij de hantering van art. 6:215 BW kan de onder art.1624 BW (oud) ontwikkelde jurisprudentie overigens wel relevant blijven.[9] Bij herhaling is beslist dat art.1624 BW (oud) toepassing miste, indien het een overeenkomst betrof die uitsluitend de kenmerken van huur en verhuur bevatte.[10] Indien de overeenkomst aspecten bevatte die onder verschillende huurrechtregimes konden vallen, moest worden nagegaan – in verband met veelal divergerende bepalingen inzake huurprijs en/of opzegging – welk regime van toepassing was. Als splitsing tussen bijvoorbeeld het feitelijk gebruik van de bedrijfsruimte en van de woonruimte mogelijk is, dan is op elke gebruik het eigen huurregime van toepassing.[11] Als splitsing niet mogelijk is, dan is voor het toepasselijk huurregime beslissend wat partijen, mede in aanmerking genomen de inrichting van het gehuurde, omtrent het gebruik van het gehuurde voor ogen heeft gestaan.[12] De gemengde (huur)overeenkomst heeft dan ook tot veel jurisprudentie geleid.

4 CONFLICTEN BIJ ARBEID EN HUUR

De wetgever heeft het verdwijnen van de strekkingsregel van art.1624 BW (oud) gemotiveerd met een beroep op art. 6:215 BW.[13] Elders in de parlementaire toelichting op het huurrecht refereert hij aan 'de belangrijke bepaling van artikel 215 betreffende de gemengde overeenkomst'. De regeling van art. 6:215 BW zou de strekkingsbepalingen in Boek 7 overbodig maken.[14] Deze opvatting contrasteert met de stelling die de wetgever eerder in het kader van art. 7:610 lid 2 BW (over overeenkomsten die voldoen aan de definitie van de arbeidsovereenkomst en aan die van een andere bijzondere overeenkomst) heeft betrokken. Er zijn goede redenen om de jongste visie op art. 6:215 BW te volgen.

Een mooi voorbeeld van Meijers kan dienen ter illustratie. De eigenaar van een boot verhuurt het gebruik van zijn boot tegen een vergoeding in geld en verbindt zich bovendien om tegen beloning de boot in dienst van de wederpartij te besturen gedurende de tijd van het gebruik van de boot. In deze

8 MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 3-4.
9 MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 4.
10 O.m. HR 24 november 1972, *NJ* 1973, 93 en HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 228.
11 O.m. HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 478.
12 O.m. HR 3 oktober 2003, *NJ* 2003, 720.
13 MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 3.
14 MvT, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 8.

rechtsverhouding staan op het eerste gezicht naast elkaar feiten die een huurovereenkomst en feiten die een arbeidsovereenkomst opleveren.[15] Zou in dit voorbeeld de werkgever/huurder een eventuele vordering op de werknemer/verhuurder wél mogen verrekenen met de verschuldigde huurpenningen[16] en niet of slechts beperkt met het verschuldigde loon (art. 7:632 BW)? Welke regel gaat voor? Volgens het slot van art. 7:610 lid 2 BW dient de regeling van de arbeidsovereenkomst te worden toegepast: in geval van strijd zijn de bepalingen van titel 7.10 van toepassing. Wat betekent dit indien loon en huurpenningen in één prijs zijn afgesproken? Indien zou kunnen worden vastgesteld in hoeverre de prijs heeft te gelden als wederprestatie voor de arbeid, zou de toepassing van art. 7:632 BW kunnen worden beperkt tot het gedeelte dat als loon kan worden aangemerkt. Aldus wordt niet alleen naar art. 7:610 lid 2 BW gekeken, maar ook naar de strekking van de arbeidsrechtelijke norm die volgens art. 7:610 lid 2 BW bij voorrang zou moeten worden toegepast.

Staat hieraan in de weg dat art. 7:632 BW van dwingend recht is? In het kader van het nieuwe huurrecht heeft de wetgever overwogen dat art. 6:215 BW vooral van belang is voor regels van dwingend recht, dat aldus zoveel mogelijk tot gelding komt. Hij sluit evenwel niet uit dat het zich kan voordoen dat een regel van dwingend recht niet meer van toepassing is, omdat zulks de ratio van die regel te buiten zou gaan. Hij heeft om die reden in art. 6:215 BW niet een alternatief voor cumulatie willen bepalen. Per geval moet worden beoordeeld welke regel heeft te gelden.[17] Als voorbeeld verwijst de wetgever naar de jurisprudentie in het kader van art. 1624 BW (oud), waaruit al volgde dat de grenzen van de dwingende regels betreffende huur van bedrijfsruimte worden bepaald door de inhoud van de contractuele rechtsverhouding en de ratio van de betrokken regelgeving.[18] Met het vervallen van art. 1624 BW (oud) is het dus ook bij de samenloop van regels van huur van bedrijfsruimte en die van een andere benoemde overeenkomst dan huur niet langer vanzelfsprekend dat de regels van bedrijfsruimte de doorslag dienen te geven. Waarom zou dit dan anders zijn voor de arbeidsovereenkomst? De algemene benadering sluit beter aan bij regels als art. 3:40 lid 2 BW, waarbij de sanctie op het verrichten van een rechtshandeling in strijd met de wet (in casu: verrekenen in strijd met art. 7:632 BW) afhankelijk is van de strekking van de wetsbepaling. Gelet op de ontwikkelingen in het huurrecht verdient ook de bijzondere, ongeclausuleerde (slot)regel van art. 7:610 lid 2 BW heroverweging.

15 E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 162.

16 R.A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1999, o.m. p. 66-67, 73.

17 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 872 en MvT, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 8.

18 MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 932, nr. 3, p. 4.

Deze benadering biedt voldoende ruimte om rekening te houden met de bijzondere belangen die worden beschermd door de regels van het arbeidsrecht. Weliswaar moet bij de vaststelling van de mate waarin de botsende bepalingen kunnen worden toegepast, enige mate van willekeur voor lief worden genomen.[19] Maar waar wordt getwijfeld of nog wel recht wordt gedaan aan de bescherming die de wetgever de werknemer beoogt te bieden, is er ruimte de balans ten voordele van de werknemer te laten doorslaan. Indien het loon en de huurprijs in één bedrag zijn omschreven, of indien de afzonderlijke bedragen onderling samenhangen, is het wenselijk om redenen van rechtszekerheid de verrekeningsbevoegdheid te beoordelen aan de hand van art. 7:632 BW. Indien het looncomponent niet duidelijk is te onderscheiden, is voor de werknemer ook niet goed vast te stellen in hoeverre de werkgever bevoegd is vorderingen te verrekenen.[20] Zo gemotiveerd bevredigt de samenloopregel meer dan de ongenuanceerde toepassing van art. 7:610 lid 2 BW.

Weliswaar lijkt op grond van de algemene samenloopjurisprudentie het enkele bestaan van art. 7:610 lid 2 BW voldoende om bij een dreigende botsing de arbeidsrechtelijke norm exclusiviteit toe te kennen. De door art. 6:215 BW aangereikte noties kunnen leiden tot een andere uitkomst, namelijk indien de betrokken bepalingen niet zo onverenigbaar zijn als ze lijken of indien de strekking ervan niet noopt tot het aannemen van exclusiviteit.

5 Conflicten bij agentuur, bemiddeling, lastgeving en opdracht

Tot zover is de toepassing van art. 6:215 BW bekeken bij samenloop van zeer uiteenlopende overeenkomsten. Werkt de bepaling ook als er een conflict bestaat bij bijzondere overeenkomsten die zijn geregeld in één titel? Deze vraag spitsen wij toe op de opdracht, lastgeving, bemiddeling en agentuur, geregeld in titel 7 van Boek 7 BW.

Samenloop is denkbaar, omdat één partijverhouding op verschillende wijzen kan worden gekwalificeerd. Dit tonen wij aan, met als uitgangspunt een recent arrest van het Europees Hof van Justitie. De Europese rechter heeft op verzoek van de rechtbank Utrecht een scherpe kant van de agentuur afgeslepen. Na een bespreking van het arrest, waardoor duidelijker wordt wie als agent heeft te gelden, gaan wij in op samenloopproblemen binnen één titel van het Burgerlijk Wetboek.

19 In deze zin al Meijers 1948, p. 168.

20 Vgl. HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273, waarin een all-in afspraak over loon en overwerk nietig werd geacht ingevolge art. 12 Wet op de CAO.

6 De agentuurovereenkomst

Handelsagent is degene die zich jegens een principaal verbindt, voor een bepaalde of een onbepaalde tijd en tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen, en deze eventueel op naam en voor rekening van de principaal te sluiten zonder aan deze ongeschikt te zijn (art. 7:428 BW).

Bijvoorbeeld door Aufenacker die ten behoeve van Polimoon bloemenfusten en vleeskisten afzette op de Duitse markt. Zij spraken af dat Aufenacker voor eigen rekening en risico fusten en kisten verkocht op de Duitse markt, dat hij die inkocht bij Polimoon en dat Polimoon niet zelfstandig verkoopactiviteiten in Duitsland zou ontwikkelen. Zo ging het twintig jaar lang. Toch was Aufenacker geen handelsagent, omdat hij niet werkte tegen een vergoeding van Polimoon en ook niet op naam of voor risico van Polimoon handelde. Aufenacker was slechts een distributeur, aldus de rechtbank, en daarom had hij niet een in art. 7:442 BW gewaarborgde aanspraak op goodwillvergoeding.[21] Onder bijzondere omstandigheden zou ook een distributeur aanspraak hebben op schadevergoeding. Maar indien een redelijke opzegtermijn in acht is genomen, of overeengekomen zoals in dit geval, kan de opzegging zelf geen grond zijn voor de schadevergoedingsplicht.

Een eenmanszaak handelde met zijn klanten, babyspeciaalzaken, op eigen naam en voor eigen rekening. Hij was ingevolge de overeenkomst met principaal Dorel niet gehouden zijn klantgegevens aan Dorel door te geven en heeft dat – in ieder geval niet ter uitvoering van de overeenkomst – ook niet gedaan. Het waren en bleven de klanten van de eenmanszaak, waarmee hij ook na beëindiging van de overeenkomst met Dorel zaken kon blijven doen. Diende Dorel een goodwillvergoeding als bedoeld in art. 7:442 BW te betalen bij het einde van de overeenkomst met de eenmanszaak? Het antwoord van het Hof 's-Hertogenbosch luidde negatief.[22] De eenmanszaak had zich gedurende de opzegtermijn op de nieuwe situatie kunnen voorbereiden. Hij was distributeur geworden van vijf andere merken baby- en kinderartikelen en benaderde zijn klanten om ze voor deze nieuwe producten te interesseren. De mate waarin hij hierin slaagde behoorde tot zijn ondernemersrisico.

Poseidon bracht het er beter af. Hij trad op als tussenpersoon bij de sluiting van een charterovereenkomst voor een schip. Deze charterovereenkomst werd gesloten tussen Marianne Zeeschip en een derde partij. De charterovereenkomst werd van 1994 tot en met 2000 jaarlijks verlengd. Gedurende deze periode legde Poseidon met name de uitkomst vast van de jaarlijkse onderhandelingen over de verlenging van de charterovereenkomst tussen de contractpartijen vast, in een bijlage bij die overeenkomst. Van 1994 tot en met 2000 ontving Poseidon een provisie van 2,5 % van de charter.

---

21 Rb. Arnhem 7 januari 2004, 84589 / HA ZA 02-342, *LJN* AO2180.

22 Rb. 's-Hertogenbosch 31 januari 2007, 136783 HA ZA 06-110, *LJN* AZ7537.

Na beëindiging van de contractuele verhoudingen tussen Marianne Zeeschip en Poseidon vorderde Poseidon van Marianne Zeeschip schadevergoeding wegens niet-inachtneming van de wettelijke opzegtermijn van de overeenkomst, betaling van gederfde provisies en een zogenaamde klantenvergoeding. Ter staving van zijn vordering beriep Poseidon zich op het bestaan van een agentuurovereenkomst. Marianne Zeeschip weigerde betaling. Volgens haar was er geen sprake van een agentuurovereenkomst. Poseidon had immers slechts bij de totstandkoming van één charterovereenkomst bemiddeld, terwijl kenmerkend voor een agentuurovereenkomst zou zijn dat de agent bij verschillende overeenkomsten bemiddelt.

De Rechtbank Utrecht vroeg het Europese Hof van Justitie of er sprake is van een handelsagent in de zin van de Richtlijn zelfstandige handelsagenten.[23] Is sprake van een handelsagent indien het gaat om een zelfstandige tussenpersoon die bemiddeld heeft bij de totstandkoming van maar één overeenkomst, terwijl die overeenkomst gedurende enkele jaren jaarlijks werd verlengd, waarbij de uitkomst van de jaarlijkse vrachtonderhandelingen tussen de eigenaar van het schip en een derde door de tussenpersoon in een bijlage werd neergelegd?

Volgens art. 1 lid 2 van de richtlijn is handelsagent 'hij die als zelfstandige tussenpersoon permanent is belast met het tot stand brengen van de verkoop of de aankoop van goederen[24] voor een ander, hierna te noemen 'principaal', of met het tot stand brengen en afsluiten van de verkoop of aankoop van goederen voor rekening en in naam van de principaal'. Wat betekent nu dat de handelsagent permanent belast is met het tot stand brengen van overeenkomsten: dat het moet gaan om verschillende overeenkomsten met verschillende partijen, of ook een overeenkomst en verschillende verlengingen daarvan tussen dezelfde partijen?

Advocaat-Generaal Geelhoed zocht het antwoord in de doel van de richtlijn, namelijk de onderlinge aanpassing van de in de lidstaten bestaande regels voor handelsagenten, voorzover dit voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is om, met name, handelsagenten een minimum aan sociale bescherming te verzekeren, de zekerheid in het handelsverkeer veilig te stellen en obstakels uit de weg te ruimen voor grensoverschrijdende agentuurovereenkomsten:[25]

> 'Het doel van sociale bescherming van de handelsagent zou op willekeurige wijze in gevaar worden gebracht, indien hij, in een geval waarin de principaal bij verlenging van een overeenkomst de keuze heeft om een andere dan de oorspronkelijke

23 Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten (*Pb EG* 1986, L 382/17).

24 In de zaak van Poseidon geldt dit ook voor de levering van diensten.

25 Met verwijzing naar de conclusie van A-G Léger bij HvJ EG 9 november 2000, zaak C-381/98 (*Ingmar*), *Jur.* 2000, p. I-9305, punt 50 en HvJ EG 30 april 1998, zaak C-215/97 (*Bellone*), *Jur.* 1998, p. I-2191, punt 13.

> contractpartij te kiezen, alleen onderworpen was aan de regels van de richtlijn, wanneer de overeenkomst met een andere partij wordt gesloten, maar niet wanneer de principaal besluit bij dezelfde partij te blijven.'[26]

Voorts is volgens de Advocaat-Generaal niet zonder betekenis dat in het oorspronkelijke voorstel van de Commissie was bepaald dat de richtlijn niet van toepassing zou zijn op tussenpersonen die slechts tot taak hebben in naam van slechts een lastgever een of meer bepaalde transacties af te sluiten of te bemiddelen.[27] De Raad heeft deze bepaling uit de definitieve versie van de richtlijn geschrapt. Dit alles leidt de Advocaat-Generaal tot de conclusie dat het begrip handelsagent zich ook uitstrekt tot tussenpersonen die permanent belast zijn met de onderhandeling van een overeenkomst en de verlenging daarvan.

Het Hof van Justitie neemt als uitgangspunt dat een agentuurovereenkomst met name wordt gekenmerkt door het feit dat de agent, gedefinieerd als zelfstandig tussenpersoon, van de principaal een permanent bemiddelingsmandaat heeft gekregen. Dit blijkt uit verschillende bepalingen van de richtlijn, in het bijzonder de artikelen 3 en 4, betreffende de vereisten van loyaliteit en goede trouw tussen de partijen, de artikelen 6 en volgende, betreffende de beloning van de agent tijdens de duur van de contractuele verhoudingen, en de artikelen 17 en volgende, betreffende de rechten van de agent na de beëindiging van de overeenkomst. Mede op grond hiervan komt het Europese Hof tot de conclusie dat als een zelfstandige tussenpersoon belast is geweest met het sluiten van slechts één overeenkomst, die nadien gedurende meerdere jaren is verlengd, de gestelde voorwaarde van permanent belast-zijn vereist dat de principaal die tussenpersoon heeft belast met het bemiddelen bij de achtereenvolgende verlengingen van die overeenkomst.

Poseidon zou dus wel eens een agent kunnen zijn. Het arrest van het Hof van Justitie leert dat het beperkt aantal partijen waarmee Poseidon te maken had, aan zijn agentschap niet in de weg staat. Maar was hij niet ook bemiddelaar? En waarom geen lasthebber of opdrachtnemer? Welk voordeel zou een dubbele pet kunnen hebben?

7 De opdrachtnemer, lasthebber, bemiddelaar, agent

Wat is het verschil tussen een opdrachtnemer, een lasthebber, een bemiddelaar en een agent?

---

26 Aldus A-G Geelhoed in onderdeel 25 van zijn conclusie.

27 Voorstel voor een richtlijn van de Raad ter coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake de (zelfstandige) handelsagenten (COM/76/670 def., *PB* 1977, C 13, p. 2, art. 3, derde streepje).

De opdrachtnemer houdt zich bezig met dienstbetoon, dat wil zeggen dat hij als accountant, advocaat, architect, kapper of repetitor diensten verricht anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst. De opdracht is een verzamelbegrip voor vele soorten dienstverlening.

Lasthebber, bemiddelaar en agent zijn alledrie opdrachtnemer. De lasthebber heeft zich verbonden tot een specifieke dienst, het verrichten van een (of meer) rechtshandeling(en) al dan niet op eigen naam (art. 7:414 BW). De bemiddelaar is als tussenpersoon werkzaam bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen zijn opdrachtgever en derden (art. 7:425 BW). De agent is een bemiddelaar die voor bepaalde of onbepaalde tijd bemiddelt bij de totstandkoming van overeenkomsten en sluit deze – eventueel op eigen naam – voor rekening van de opdrachtgever (art. 7:428 BW).

Zo te zien is het dus heel wel denkbaar dat een handelsagent die betrokken is bij een overeenkomst en vervolgens een aantal keren bij de verlenging ervan, óók bemiddelaar is en zo hij daarbij de rechtshandelingen verricht ten behoeve van de principaal, óók nog eens lasthebber.

Die verschillende rollen kunnen de agent wat opleveren. Zo heeft de opdrachtnemer aanspraak op een onkostenvergoeding, voorzover die niet in het loon is begrepen (art. 7:406 lid 1 BW). Of de agent naast provisie (art. 7:431 BW) ook nog zijn onkosten kan declareren, zal moeten worden onderzocht. Provisie is niet gedefinieerd; de toelichting gaat ervan uit dat provisie alle elementen van de beloning omvat, variërend naar gelang het aantal zaken of diensten betrokken bij de aangebrachte overeenkomst.[28]

Die verschillende rollen kunnen de beloning van de agent ook negatief beïnvloeden, bijvoorbeeld indien de agent ook als lasthebber van de wederpartij optreedt. Juist in een geval als dat van Poseidon, waar jaar in jaar uit dezelfde partijen met elkaar onderhandelen, zal zich zo'n situatie gemakkelijk kunnen ontwikkelen. De lasthebber/agent mag dit slechts doen, indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten. Op straffe van verlies van loon (art. 7:417 lid 3 BW).

Bij de beëindiging van de overeenkomst heeft de agent een sterke positie. Voor de agent geldt een uitgewerkte opzeggingsregeling, inclusief bijzondere termijnen (art. 7:437 BW). Een onregelmatige opzegging maakt de partij die de opzegging deed, schadeplichtig (art. 7:439 BW). Bovendien kan een agent bij het einde van de agentuurovereenkomst recht hebben op een klantenvergoeding, ongeacht zijn recht om schadevergoeding te vorderen (art. 7:442 BW).[29] Voorts geldt er een ontbindingsregeling die sterk lijkt op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst: er moet een verzoek bij de kantonrechter worden

28 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 20 842, nr. 3, p. 5.

29 Hierover, met het oog op agentuur en lastgeving, T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Driemaal handelsagentuur: het Hof van Justitie EG houdt stevig vast aan de bescherming van de (echte) agent', *Contracteren* 2007, p. 22. De schrijvers behandelen ook de zaak Poseidon.

ingediend en die beslist zoals hij doet in ontbindingszaken, inclusief het toekennen van een ontbindingsvergoeding (art. 7:441 BW). De opdrachtgever daarentegen kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen (art. 7:408 lid 1 BW). Indien de opdracht nog niet is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, nog niet is verstreken, dan heeft de opdrachtnemer recht op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon, althans indien de verschuldigdheid van het loon afhankelijk is gesteld van de volbrenging of het verstrijken van de tijd (art. 7:417 lid 1 BW).

Gezien deze verschillen kan een opdrachtnemer er belang bij hebben dat de rechtsverhouding tot de opdrachtgever is te kwalificeren als een agentuurovereenkomst en omgekeerd. Hoe moet worden gekozen?

8 De toepasselijkheid van art. 6:215 BW

Art. 6:215 BW geeft een regeling voor het geval een overeenkomst voldoet aan twee of meer door de wet geregelde soorten van overeenkomsten. Lastgever, bemiddelaar en agent zijn allemaal opdrachtnemer. Is hier dan wel sprake van verschillende soorten overeenkomsten?

Het antwoord luidt in eerste instantie positief. De verschillende afdelingen met betrekking tot opdracht, lastgeving, bemiddeling en agentuur kennen één samenloopbepaling, voor de lastgeving: art. 7:424 BW.[30] Het eerste lid van dat artikel luidt als volgt:

> 'De artikelen 415-423 zijn van overeenkomstige toepassing op andere overeenkomsten dan lastgeving krachtens welke de ene partij verplicht of bevoegd is voor rekening van de andere partij rechtshandelingen te verrichten, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet.'

Blijkens de toelichting is de bepaling bedoeld om onzekerheid weg te nemen waar, zoals bij de arbeidsovereenkomst, niet duidelijk is of de afdeling op grond van art. 6:215 BW van toepassing is. Als voorbeeld wordt gegeven de rechtsverhouding tussen advocaat en cliënt, waarvan het karakter omstreden zou zijn.[31] Wat er zij van het voorbeeld, uit de toelichting blijkt dat de bepaling alleen maar bevestigt dat de regel van art. 6:215 BW geldt, ook als de advocaat opdrachtnemer en lastgever tegelijk is, en één van de opdrachten van diens cliënt luidt een rechtshandeling voor zijn rekening te verrichten. Hieruit kan moeilijk anders worden afgeleid dan dat als de advocaat de opdracht kreeg namens zijn cliënt een rechtshandeling te verrichten, de over-

30 Art. 7:427 BW brengt bovendien mee dat twee lastgevingsbepalingen (art. 7:417 en art. 7:418 BW) van toepassing zijn bij bemiddeling.

31 MvT, *Parl. Gesch. Boek 7 Inv.*, p. 381.

eenkomst aspecten van opdracht en lastgeving heeft en art. 6:215 BW of zijn broer art. 7:424 BW toepassing vindt. Daarmee lijkt de bepaling overbodig, net als art. 7:610 lid 2 BW.

Daar staat tegenover dat systematische argumenten erop wijzen dat voor de verhouding tussen overeenkomsten uit één titel art. 6:215 BW op zijn beurt niet steeds nodig is. Hier geldt immers de gelaagde structuur van de wet. Op grond daarvan gelden de opdrachtregels ook voor de overeenkomsten die een uitwerking van de opdracht zijn. Uit art. 7:445 lid 1 BW volgt ook dat er zonder meer van uit wordt gegaan dat eerdere bepalingen uit de titel ook van toepassing zijn op overeenkomsten die later in de titel zijn geregeld. Zo zijn voor de agentuur verschillende bepalingen uit eerdere afdelingen van dwingend recht verklaard ten behoeve van partijen bij de arbeidsovereenkomst. Hoe dat dan moet, is de vraag.

Maar als art. 6:215 BW hier geldt, waar leidt dat dan concreet toe? Hiervoor signaleerden wij de mogelijke samenloop van art. 7:431 BW over het recht van de handelsagent op provisie met art. 7:406 BW over het recht op vergoeding van onkosten van een opdrachtnemer. Wat betreft die onkosten van de agent ligt het ons inziens voor de hand aan te nemen dat deze in de provisie-aanspraken zijn verdisconteerd, zeker omdat er in de regel sprake zal zijn van professionele partijen. En het genoemde voorschrift van art. 7:417 BW over het dienen van twee heren? Ons inziens is er veel voor te zeggen de voorwaarden die de lastgevingsafdeling daarover stelt ook in de dubbele petten-situatie te hanteren.[32] De opdrachtnemer die tevens lasthebber is, kan dan niet zonder meer twee heren dienen. En de beëindiging van de overeenkomst? Op dat front zijn de wettelijke regels het meest uitgewerkt voor de positie van de agent. Het ligt naar ons idee voor de hand om die regels in deze 'meervoudige' situatie tot uitgangspunt te nemen. Andere optie zou kunnen zijn dat leentje buur wordt gespeeld bij het arbeidsrecht.[33]

Mogelijk droeg Poseidon meer dan één pet. Dubbele petten kunnen leiden tot dubbele voorschriften. Dat geldt ook binnen één titel van het Burgerlijk Wetboek. Bij de vraag wat dat in concreto betekent, kan art. 6:215 BW naar ons oordeel richtsnoer zijn.

32 Dat sluit ook aan bij de gedachte van de schakelbepaling art. 7:427 BW.
33 Mogelijk is art. 7:687 BW ook een aanwijzing in die richting.

6 Samenloop van artikel 7:611 BW en artikel 7:658 BW

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy[■]

1 INLEIDING

Wanneer een werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, is zijn werkgever daarvoor onder omstandigheden op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk. Wanneer niet aan de eisen voor aansprakelijkheid ingevolge dit artikel is voldaan heeft de werknemer, onder omstandigheden, de mogelijkheid zijn vordering tot schadevergoeding te gronden op artikel 7:611 BW. Dit artikel luidt als volgt:

> 'De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.'

Artikel 7:611 BW moet worden gezien als een bepaling die voor het arbeidsrecht de artikelen 6:2 BW en 6:248 BW nog eens weergeeft. Uit de memorie van toelichting[1] bij artikel 7:611 BW blijkt dat speciale vermelding naast de artikelen 6:2 BW en 6:248 BW waardevol is 'omdat de bepaling (…) niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.'

Op grond van artikel 7:658 BW is een werkgever jegens zijn werknemer aansprakelijk voor de schade die de desbetreffende werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, indien de werkgever – kort gezegd – niet aantoont dat hij aan zijn in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht heeft voldaan. Deze zorgplicht houdt in dat de werkgever de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze inricht en onderhoudt en dat hij voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen treft en aanwijzingen verstrekt als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

De zorgplicht van de werkgever houdt, aldus de Hoge Raad,[2] 'nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn

---

■ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15 (MvT).

2 HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS; In deze zin ook HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235, m.nt. GHvV.

werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden'.

Wanneer deze zeggenschap van de werkgever ontbreekt, bijvoorbeeld in een situatie buiten de werkplek of buiten werktijd, zal de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor schade van zijn werknemer, aldus de Hoge Raad, 'naar de omstandigheden van het gegeven geval moeten worden beantwoord aan de hand van wat voor dat geval de eis zich als een goed werkgever te gedragen meebrengt.'[3] Als uitgangspunt geldt bovendien dat in het geval van ontbreken van bedoelde zeggenschap slechts onder bijzondere omstandigheden plaats is voor aansprakelijkheid van de werkgever, gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een ook aan de werkgever bekend specifiek en ernstig gevaar.[4]

In de onderhavige uitspraak[5] wordt aldus de mogelijkheid erkend om, wanneer bovenbedoelde zeggenschap van de werkgever ontbreekt, onder bijzondere omstandigheden, op grond van de algemene regel dat een werkgever zich als goed werkgever dient te gedragen (thans artikel 7:611 BW), de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer uit te breiden ten opzichte van de bijzondere regel (artikel 7:658 BW). Artikel 7:611 BW heeft aldus aanvullende werking in het geval dat artikel 7:658 BW niet van toepassing is omdat zeggenschap en daarmee de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht van de werkgever ontbreekt en kan gezien worden als een herhaling van artikel 6:248 lid 1 BW. Daarnaast heeft artikel 7:611 BW beperkende werking, in die zin dat een werkgever zich er niet op kan beroepen slechts aansprakelijk te zijn wanneer aan de voorwaarden van artikel 7:658 BW is voldaan, en kan tevens gezien worden als een herhaling van artikel 6:2 BW.

Aldus verenigen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW hun werking en is in die zin sprake van samenloop van rechtsvorderingen.

In deze bijdrage zal een aantal gevallen waarin aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW/6:248 lid 1 BW wordt aangenomen, worden besproken en zal worden ingegaan op de vraag of de mogelijkheden voor een werknemer om zich met succes op artikel 7:611 BW te kunnen beroepen moeten worden ingeperkt om recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van de werkgever om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij geen zeggenschap heeft.

Eerst moet echter nog worden opgemerkt dat er voor de toepassing van artikel 6:248 BW dan wel artikel 7:611 BW geen plaats is voor het geval waarin

3 HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS

4 HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS. In deze zaak, waarin het ging om de vraag of de rechtsopvolger van de desbetreffende werkgever – Stichting Reclassering Nederland – aansprakelijk was voor de aan de werknemer – een sociaal-psychiatrisch werker – in zijn privé situatie overkomen schade, omdat een cliënt van de werkgever de werknemer in de deuropening van de woning van de werknemer veertig keer met een ijzeren hamer op het hoofd had geslagen, had de werknemer niet gesteld dat van de hier bedoelde bijzondere omstandigheden sprake was.

5 HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534, m.nt. PAS

de werkgever wel de hier bedoelde zorgplicht/zeggenschap heeft en artikel 7:658 BW van toepassing is, maar niet gezegd kan worden dat hij deze in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht heeft geschonden.[6] Met andere woorden: van cumulatie van artikel 7:658 BW met artikel 6:248/ 7:611 BW, in die zin dat op grond van artikel 6:248/ 7:611 BW schadevergoeding kan worden verkregen in een geval waarop artikel 7:658 BW van toepassing is, maar niet gezegd kan worden dat de werkgever zijn in dit artikel bedoelde zorgplicht heeft geschonden, is geen sprake. Dit zou, wanneer ik de Hoge Raad goed begrijp, tot een onaanvaardbare risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor schade aan zijn werknemer overkomen in zijn werkzaamheden leiden.[7]

Niet onmogelijk lijkt het mij dat op grond van artikel 6:248 lid 1/ 7:611 BW schadevergoeding wordt verkregen in een geval waarop artikel 7:658 BW van toepassing is en tevens gezegd kan worden dat de werkgever zijn in dit artikel bedoelde zorgplicht heeft geschonden. We hebben dan met samenloop te maken in de zin van, twee rechtsregels van eenzelfde rechtsstelsel – een bijzondere regel en een algemene regel – die voor toepassing op één rechtsfeit in aanmerking komen.[8] Dat de eisende partij in het hier bedoelde geval artikel 6:248 lid 1/ 7:611 BW aan zijn vordering ten grondslag zal leggen ligt echter niet voor de hand. Immers, in beginsel ontbeert hij, wanneer hij zich op artikel 6:248 lid 1/ 7:611 BW beroept, de voor hem als werknemer gunstige bewijslastverdeling van artikel 7:658 lid 2.

In het hierna volgende zal samenloop tussen de artikelen 7:611 BW en 7:658 BW zich voordoen in de eerder aangegeven zin van verenigende werking.

---

6 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573.

7 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573. In de onderhavige zaak was artikel 1638x BW (thans 7: 658 BW) van toepassing, de Hoge Raad overwoog: ' Wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in art. 1638x lid 1 genoemde verplichtingen en hij ook overigens niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, is er geen plaats voor een op 'gebruik en billijkheid' dan wel op goed werknemerschap in het algemeen rustende verplichting om aan een werknemer die als gevolg van een hem in de uitoefening van zijn dienstbetrekking overkomen ongeval schade lijdt, een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen. Zulk een verplichting is met name onaanvaardbaar omdat daardoor, in strijd met de strekking van art. 1638x, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant'; Vergelijk rechtbank r.o. 4.11, te kennen uit HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260: 'Nu de slotsom is dat Brands heeft voldaan aan haar zorgplicht van artikel 7:658 lid 2 BW, kan zij evenmin op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk gehouden worden voor de schade van Oost. De eisen gesteld aan het goed werkgeverschap van artikel 7: 611 BW in dit kader houden niet meer of anders in dan die gesteld aan de zorgplicht van artikel 7:658 BW'. Vergelijk A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005, nr 30: samenlopende wetsbepalingen dienen zoveel mogelijk alle tot toepassing te kunnen komen, tenzij 'dit tot logisch of praktisch onaanvaardbare resultaten' zou leiden en voorts C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 9-15. Zie T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7: 658 en 7:611 BW', *RM Themis* 2002, p. 82.

8 C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 3, 9-15.

2 AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ARTIKEL 7:611 BW/ 6:248 LID 1 BW

2.1 Verkeersongeval tijdens verrichten verplichtingen uit arbeidsovereenkomst

In de zaak Bruinsma tegen Schuitmaker ,[9] waarin bovenbedoelde zeggenschap en daarmee de zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7A:1638x BW (thans artikel 7:658 BW) ontbreekt, en een werknemer geen aanspraken zal kunnen gronden op artikel 7A:1638x (thans 7:658 BW) overweegt de Hoge Raad dat hieraan niet afdoet dat de werkgever op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aansprakelijk kan zijn voor de schade aan een werknemer in de uitoefening van zijn dienstverband overkomen, wanneer dit in lijn is met het stelsel van het arbeidsrecht zoals dit uitdrukking heeft gevonden in artikel 7A:1639da BW (thans 7:661 BW) en artikel 6:170 lid 3 BW.

Het stelsel van het arbeidsrecht zoals dit uitdrukking heeft gevonden in de artikelen 7: 661 BW en 6:170 lid 3 BW houdt , kort gezegd, in: dat de werkgever op grond van artikel 7:661 BW in beginsel de schade draagt die een werknemer, bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, aan de werkgever of een derde jegens wie de werkgever aansprakelijk is, toebrengt, tenzij de schade een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Op grond van artikel 6:170 lid 3 hoeft een werknemer, wanneer zowel hij als zijn werkgever voor schade van een derde aansprakelijk zijn, in de onderlinge verhouding werknemer en werkgever slechts in de schadevergoeding bij te dragen wanneer de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

Wanneer doet zich nu het door de Hoge Raad, in de onderhavige uitspraak, bedoelde geval voor, waarin de werkgever de schade overkomen aan de werknemer in de uitoefening van zijn dienstverband, dient te dragen ondanks dat zeggenschap van de werkgever en daarmee de zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW ontbreekt?

De casus was, kort gezegd, als volgt: Schuitmaker heeft in opdracht van zijn werkgever Bruinsma voor deze een pakje moeten wegbrengen en heeft daarvoor zijn eigen auto gebruikt. Daarbij is onderweg door schuld van Schuimaker een aanrijding ontstaan, waardoor de auto van Schuitmaker totalloss is geraakt. De HR overweegt:[10]

> 'Weliswaar bestaat geen rechtsregel die meebrengt dat de werkgever aansprakelijk is voor schade aan de zaken van de werknemer, indien deze die zaken bij het verrichten van zijn taak gebruikt, in het bijzonder niet indien de schade door de schuld van de werknemer zelf is ontstaan.'

9 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS, r.o. 3.3.
10 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS.

Maar dat dit in beginsel anders is indien:

> 'het gebruik dat de werknemer krachtens zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst bij het verrichten van zijn taak van zijn eigen zaak maakt, naar de aard van die zaak, zoals zich in het bijzonder voordoet bij een auto, risico's van ernstige beschadiging van die zaak meebrengt, niet alleen door eventuele fouten van derden, maar ook in samenhang met (…) het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met dergelijke zaken de gebruiker daarvan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.'

In dit geval ligt het in de lijn van artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW dat de werkgever voor schade aan de auto van de werknemer aansprakelijk is, tenzij de schade een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de desbetreffende werknemer.

Op grond van laatstgenoemde artikelen zou een werkgever die een auto van de werkgever of van een derde ter beschikking stelt aan de werknemer, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, immers zelf de door de werknemer veroorzaakte schade aan de auto dragen.[11] Het zou niet redelijk zijn wanneer een werkgever aan deze regeling zou kunnen ontkomen door zijn werknemer een eigen auto – welke naar de aard van die zaak risico's van ernstige beschadiging van die zaak meebrengt – te laten gebruiken.[12]

Uit de hiervoor gebruikte woorden 'in beginsel' volgt, aldus de Hoge Raad, dat een werkgever niet altijd de schade hoeft te dragen. Zo zou uit een beding met betrekking tot autokosten anders kunnen voortvloeien, bijvoorbeeld omdat de toekenning van een autokostenvergoeding door de werkgever aan de werknemer er toe strekt de premie van een cascoverzekering te vergoeden.[13] In de zaak Vonk tegen Van der Hoeven[14] overweegt de Hoge Raad dat:

> 'een werkgever onder omstandigheden jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn voor diens schade, ook al is aan de vereisten van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 niet voldaan'.

De Hoge Raad verwijst daarbij onder andere naar de hiervoor behandelde uitspraak Bruinsma tegen Schuitmaker. De overweging dient, gezien het voorgaande, mijns inziens, zo te worden verstaan dat, wanneer 'aan de vereisten van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 niet voldaan' is, omdat de in het desbetreffende artikel bedoelde zorgplicht ontbreekt, onder omstandigheden ruimte voor aansprakelijkheid op andere grond bestaat. Ten aanzien

11 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS.
12 Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, nr. 10.2.2.2.
13 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS, r.o. 3.4.
14 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253, m.nt. PAS.

van de onderhavige uitspraak kan er vanuit worden gegaan dat deze zeggenschap van de werkgever ontbrak daar het een situatie in het verkeer betrof.

Het volgende deed zich voor: werknemer Van der Hoeven was door zijn werkgever (hierna Vonk) uitgeleend aan een ander bedrijf (hierna: Vink). Vink had ten behoeve van het vervoer (Didam-Amsterdam) in verband met de te verrichten werkzaamheden een bestelbusje ter beschikking gesteld. Het bestelbusje werd bij toerbeurt door werknemer Van der Hoeven, zijn collega, alsmede twee werknemers van Vink bestuurd. Op een gegeven moment is het busje, terwijl dit bestuurd werd door werknemer Van der Hoeven, in een slip geraakt en diverse malen over de kop geslagen. Van der Hoeven heeft hierdoor ernstig rugletsel opgelopen.

Als bestuurder van het busje en veroorzaker van het ongeval heeft Van der Hoeven zijn ongevalschade niet op grond van de WA-verzekering van het busje kunnen claimen.

Van der Hoeven heeft daarom zijn werkgever, Vonk, aansprakelijk gesteld. Primair op grond van artikel 7A:1638 x (oud) BW respectievelijk artikel 7:658 BW en subsidiair op de grond dat aansprakelijkheid voort zou vloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 7:611 BW).

De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat de werkgever onder de hierna te noemen omstandigheden van het geval op grond van de subsidiaire grondslag (artikel 7:611 BW) aansprakelijk was voor de niet door een verzekering gedekte letselschade. De door de rechtbank genoemde omstandigheden waren:

> '(I) de werknemer, Van der Hoeven, was in de uitoefening van zijn werkzaamheden verplicht zich (dagelijks) per auto van Didam naar Amsterdam en terug te begeven;
> (II) hij was daarbij verplicht bij toerbeurt te chaufferen;
> (III) de financiële gevolgen van een eventueel ongeval waren voor alle inzittenden van het busje door een WA-verzekering gedekt, behalve voor Van der Hoeven als de chaufferende werknemer;
> (IV) er was geen sprake van opzet dan wel bewuste roekeloosheid aan de zijde van Van der Hoeven bij het ontstaan van het ongeval;
> (V) het 'ervaringsfeit' dat de dagelijkse omgang met auto's de gebruiker daarvan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.'

Na, zoals hierboven al aangegeven, te hebben overwogen dat 'een werkgever onder omstandigheden jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn voor diens schade, ook al is aan de vereisten van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art.7:658 niet voldaan', oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel van de rechtbank, gewezen naar analogie met Hoge Raad 16 oktober 1992 Bruinsma tegen Schuitmaker, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

De uitspraak in de zaak Vonk tegen Van der Hoeven betreft, evenals de uitspraak in de zaak Bruinsma tegen Schuitmaker, de aansprakelijkheid in een situatie waarin de werkgever niet over de in artikel 7:658 BW bedoelde

zeggenschap beschikt, maar zich een bijzonder risico (gevaar) voordoet, namelijk het risico (gevaar) van schade als gevolg van het besturen van een motorrijtuig in het verkeer, welke aansprakelijkheid in lijn is met het stelsel van het arbeidsrecht zoals tot uiting gekomen in artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW.[15] In paragraaf 2.2 zal hierop nader worden ingegaan.

2.2 Verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer

Ook wanneer een werknemer tijdens woon-werkverkeer een eigen auto bestuurt kan de werkgever aansprakelijk zijn voor de aan deze werknemer overkomen zaaks- en letselschade die tijdens dit woon-werkverkeer is ontstaan. Dit ondanks het feit dat in deze situatie de in artikel 7:658 BW bedoelde zeggenschap/zorgplicht ontbreekt. In de zaak De Bont tegen Oudenallen[16] overwoog de Hoge Raad dat: woon-werkverkeer op een lijn is te stellen met vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, wanneer een werknemer in verband met een door zijn werkgeefster aanvaarde opdracht, is aangewezen om met zijn eigen auto het vervoer te verzorgen van zichzelf en enkele medewerknemers naar een ver van zijn woonplaats verwijderde plaats, waar zij hun werkzaamheden moeten uitvoeren en deze werknemer in verband daarmee op grond van de CAO-bepalingen een reisurenvergoeding, een autokostenvergoeding en een meerijdertoeslag ontvangt. In deze situatie waarin het woon-werkverkeer op een lijn is te stellen met vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, vloeit, aldus de Hoge Raad, uit de aard van de arbeidsovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:248 lid 1 BW voort dat de werkgever

> 'in beginsel de niet door een verzekering gedekte schade die de werknemer lijdt doordat hij tijdens vervoer als hiervoor bedoeld een verkeersongeval heeft veroorzaakt, heeft te dragen behoudens in het, zich hier niet voordoende, geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.'

Uit de hierboven, onder 1, 2.1 en 2.2, behandelde uitspraken van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat, wanneer zeggenschap en daarmee de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht ontbreekt en aansprakelijkheid van de werkgever aldus niet op dit artikel kan worden gebaseerd, de desbetreffende werkgever,

---

15 In HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253, m.nt. PAS wordt, in r.o. 3.6., gesproken over aansprakelijkheid van de werkgever 'onder omstandigheden', waarbij de Hoge Raad o.a. verwijst naar HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264. Mede gezien deze verwijzing lijkt de Hoge Raad ervan uit te gaan dat van aansprakelijkheid van een werkgever voor schade van de werknemer, terwijl de in artikel 7:658 BW bedoelde zeggenschap ontbreekt, eerst sprake kan zijn indien dit in lijn is met aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW.

16 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235, m.nt. GHvV.

zowel voor niet door een verzekering gedekte zaaksschade als letselschade aan zijn werknemer overkomen, aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 6:248 lid 1 BW respectievelijk 7:611 BW. Dit is, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de desbetreffende werknemer, bijvoorbeeld in beginsel het geval wanneer de werknemer krachtens verplichtingen uit arbeidsovereenkomst of een daarmee gelijk te stellen situatie een (eigen) auto bestuurt. De aard van de zaak en het besturen van een motorrijtuig brengt een kenbaar (naar ervaringsfeit) bijzonder risico op schade mee en de aansprakelijkheid van de werkgever strookt in dit geval met het stelsel van het arbeidsrecht zoals dat uitdrukking heeft gevonden in artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW. Dit laatste omdat het – kort gezegd – niet redelijk zou zijn dat een werkgever die een auto van werkgever of een derde ter beschikking stelt aan de werknemer, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, zelf de schade aan die auto draagt, terwijl een werkgever die zijn werknemer een eigen auto, welke naar de aard van die zaak risico's van ernstige beschadiging van die zaak meebrengt, laat gebruiken de hieraan ontstane schade, tenzij anders afgesproken, niet zou hoeven dragen.[17]Ook aansprakelijkheid van de werkgever voor letselschade van de werknemer tengevolge van het besturen van een auto in de uitoefening van de werkzaamheden of daarmee gelijk te stellen situatie is in lijn met artikel 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW, daar het een weinig aansprekend resultaat zou opleveren indien de werknemer de hem overkomen letselschade niet vergoed zou krijgen maar de hem overkomen zaaksschade wel.[18]

In de memorie van toelichting bij het voorgestelde, maar inmiddels weer ingetrokken,[19] artikel 7:658a BW treffen we de volgende passage aan waarin

17 Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2006, nr. 10.2.2.2.

18 A-G Hartkamp, conclusie bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253, m.nt. PAS. Zo ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 22. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2006, nr. 10.2.2.2. Zie echter S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 89, 'wanneer een dergelijke risicoaansprakelijkheid voor verkeersongevallen in verband met de arbeid wordt aanvaard, dan valt moeilijk te rechtvaardigen dat voor andere ('echte') arbeidsongevallen aan het vereiste van een tekortkoming wordt vastgehouden. Het komt dan eigenlijk aan op een keuze voor een algehele risicoaansprakelijkheid of niet, terwijl de wetgever nu juist met betrekking tot art. 7:658 BW zover niet heeft willen gaan'.

19 *Kamerstukken II* , 1998/99, 25759, nr. 5 (Brief van de minister van justitie), het betreft hier het wetsvoorstel tot vaststelling en invoering van afdeling 8.14.1 BW (Verkeersongevallen) (25 759) dat in zijn geheel is ingetrokken. Ten aanzien van het voorgestelde artikel 7:658a wordt in de brief van de minister van justitie waarbij het wetsvoorstel wordt ingetrokken, op pagina 5, opgemerkt: Het kabinet is er nog niet uit of de grens van bescherming van een werknemer die een motorrijtuig bestuurt 'zou moeten liggen bij roekeloosheid in het algemeen, of bij bewuste roekeloosheid'.

de ratio van de hier bedoelde aansprakelijkheid voor personenschade goed wordt verwoord:[20]

> 'De risicoaansprakelijkheid die op de werkgever wordt gelegd berust – als gezegd – op de gedachte dat bij de verwezenlijking van de extra risico's waaraan een werknemer wordt blootgesteld indien hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorrijtuig bestuurt, deze niet voor rekening van de werknemer behoren te komen, maar voor rekening van de werkgever, die immers profiteert van deze activiteit. Hierbij dient het niet uit te maken of de werknemer het motorrijtuig van zijn werkgever bestuurt, dan wel zijn eigen motorrijtuig'.

Deze gedachte geldt mijns inziens evenzeer wanneer een werknemer tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden of daarmee gelijk te stellen situatie een ongeval overkomt omdat hij met de fiets deelneemt aan het verkeer.[21] Deelname aan het verkeer impliceert immers extra risico, zeker voor een fietser die in het verkeer kwetsbaar is, niet alleen door eventuele fouten van derden maar ook gezien het ervaringsfeit dat dagelijkse deelname aan het verkeer de fietser licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.[22] Bovendien profiteert de werkgever van de werkzaamheid van de werknemer.

Ten aanzien van de vraag of een werkgever aansprakelijk is, op grond van artikel 7:611 BW, voor schade ten gevolge van letsel aan een werkneemster overkomen omdat zij tijdens de uitoefening van haar werkzaamheden – zij fietste van het huis van de ene patiënt naar het huis van de andere patiënt – als gevolg van gladheid op de openbare weg met haar fiets ten val kwam, overweegt de kantonrechter Delft dat van Maatzorg/De Werven als goed werkgever verlangd mocht worden 'dat zij de risico's die aan het vervoer voor Van der Graaf als haar werknemer verbonden waren tot een minimum zou beperken' en dat het daarbij niet van (doorslaggevend) belang is 'of sprake is van vervoer met een motorrijtuig dan wel met een fiets, nu de kans op het ontstaan van een ongeval bij beide vervoermiddelen zonder meer bestaat en bij een fietser – gelet op diens relatief kwetsbare positie in het verkeer – zelfs

---

20 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 22. Het ingetrokken artikel 7:658a BW luidt voor zover hier van belang als volgt: '1. De werkgever is aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt doordat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorrijtuig bestuurt dat betrokken is bij een verkeersongeval, behoudens indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer ten tijde van het ongeval. Deze aansprakelijkheid kan niet ten nadele van de werknemer worden beperkt of uitgesloten. 2. Geen aansprakelijkheid op grond van dit artikel bestaat voor zover de werkgever een verzekering heeft gesloten die de in dit artikel bedoelde schade dekt, dan wel de werkgever de werknemer een vergoeding heeft gegeven om een dergelijke verzekering te sluiten', *Kamerstukken II*, 1997/98, 25759, nrs. 1-2, p. 4.

21 Zie ook Kantonrechter Delft 16 juni 2005, *JAR* 2005, 159. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2006, nr. 10.2.2.2.

22 Vergelijk HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS.

in versterkte mate aanwezig kan worden geacht'. Van Maatzorg/De Werven mag, aldus de kantonrechter, verlangd worden dat deze haar werknemers effectief waarschuwt voor bijzondere risico's (i.c. gladheid op de openbare weg) en de mogelijke gevolgen daarvan en dat, voor het geval een risico zich desondanks zou verwezenlijken, zij als goed werkgever de gevolgen daarvan voor haar rekening neemt, al dan niet door het te voren afsluiten van een adequate verzekering.[23]

2.3 Verkeersongeval in wachttijd tussen twee vluchten

Ook voor letselschade van een werknemer die niet zelf als bestuurder aan het verkeer deelneemt, kan een werkgever aansprakelijk zijn. De hierna te behandelen uitspraak betreft de situatie waarin bedoelde letselschade is ontstaan in een periode die een zodanige samenhang heeft met de verrichte werkzaamheden, dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat.

In zijn uitspraak van 18 maart 2005,[24] KLM tegen De Kuijer, overweegt de Hoge Raad dat het Hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent artikel 7:611 BW door de wachttijd die De Kuijer als piloot tussen twee vluchten heeft, in verband met de dienstregeling van KLM en de noodzaak voor haar vliegers om tussen twee vluchten te rusten, als een periode aan te merken die een zodanige samenhang heeft met de verrichte werkzaamheden dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat. De uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting brengt, aldus de Hoge Raad, mee dat de werkgever 'op de hoogte behoort te zijn van de telkens wisselende bijzondere risico's in de plaatsen van bestemming' en met het oog daarop als goed werkgever maatregelen behoort te nemen. Nu KLM dit niet in voldoende mate had gedaan werd zij aansprakelijk geacht voor de aan haar piloot overkomen schade ten gevolge van een ongeval met een taxi tijdens bedoelde wachttijd.

---

23 Kantonrechter Delft 16 juni 2005, *JAR* 2005/159. Zie ook T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', *RM Themis* 2002, p. 77-78. Zie echter T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7: 658 BW én 7: 611 BW: twee keer schieten altijd raak?', *ArbeidsRecht* 2005/11, nr. 55. Zij is van mening dat de uitspraak van de kantonrechter Delft geen navolging verdient omdat artikel 7:611 BW wordt aangewend 'voor een situatie waarvoor dit vangnet niet is bedoeld, te weten: het 'uitkomst' bieden indien art. 7:658 BW wél van toepassing is, maar nul op het rekest oplevert'. Mij lijkt hiervan echter geen sprake te zijn. Artikel 7:611 BW wordt in de onderhavige situatie van toepassing geacht omdat het ongeval zich weliswaar voordoet tijdens de uitoefening van de werkzaamheden maar, naar ik de uitspraak begrijp, onder omstandigheden waarin de werkgever niet over de in artikel 7:658 BW bedoelde zeggenschap beschikt.

24 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 46.

Als bijzonder risico in de plaats van bestemming gold in dit geval: 'de gevaren van het verkeer in een land als Ivoorkust en de beperkte mogelijkheid de als gevolg van een verkeersongeval geleden schade te verhalen'. Als goed werkgever had KLM de volgende maatregelen kunnen nemen:

- de desbetreffende bijzondere risico's tot een minimum terugbrengen, bijvoorbeeld, daar i.c. als bijzonder risico gold de gevaren van het verkeer in een land als Ivoorkust en de beperkte mogelijkheid de als gevolg van een verkeersongeval geleden schade te verhalen, door het verzorgen van eigen vervoer of het verschaffen van informatie over goede vervoerders;
- voor het geval bedoelde bijzonder risico zich toch zou verwezenlijken, het risico voor haar rekening nemen;
- haar medewerkers ertoe brengen de bijzondere risico's te mijden door het effectief waarschuwen voor de bijzondere risico's en de mogelijke gevolgen daarvan.

Voorts werd overwogen dat KLM het onder het tweede gedachtestreepje bedoelde risico eventueel kan verzekeren maar dat haar aansprakelijkheid niet beperkt is tot schade die onder een gebruikelijke/adequate verzekering niet zou zijn gedekt. De aansprakelijkheid van de werkgever werd, aldus de Hoge Raad, dan ook niet in het bijzonder gezocht in het al dan niet afsluiten van een verzekering.

De onderhavige uitspraak is in lijn met de onder 1, 2.1 en 2.2 behandelde uitspraken daar de aansprakelijkheid van de werkgever, berust op *bijzondere risico's die de werknemer loopt*. Spier spreekt van 'meer dan normale risico's',[25] in een situatie die zodanige samenhang heeft met de verrichte werkzaamheden, dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat. In dat geval past de aansprakelijkheid van de werkgever, evenals wanneer een werknemer zelf een auto bestuurt, in het stelsel van het arbeidsrecht zoals tot uitdrukking komt in artikel 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW. Het hier bedoelde stelsel van het arbeidsrecht brengt mijns inziens ook mee dat de werkgever niet aansprakelijk is indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Uit de onderhavige uitspraak leid ik bovendien af dat de bijzondere risico's waarop de aansprakelijkheid van de werkgever berust wel kenbaar moeten zijn, daar een werkgever niet in staat is maatregelen te treffen tegen risico's die niet kenbaar zijn. Mogelijk kan, analoog aan aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, aansprakelijkheid worden aangenomen wanneer het een niet kenbaar risico betreft voor zover de kans op het zich verwezenlijken daarvan aanzienlijk is verhoogd doordat maatregelen aangaande kenbare

25 J. Spier in zijn conclusie voor HR 18 maart 2005, *LJN*: AR6669, onder 8.7.

risico's achterwege zijn gebleven.[26] Niet vereist is dat voorzienbaar is dat het risico zich zal verwezenlijken.

2.4 Wachttijd tussen twee vluchten maar geen bijzonder risico

In de uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 25 januari 2006[27] wordt een verdergaande aansprakelijkheid aangenomen dan in de hiervoor behandelde uitspraken. Het betreft het geval waarin een stewardess in dienst van Martinair, tijdens een verplichte rustpauze tussen twee vluchten, werd aangereden door een elektronisch aangedreven golfkarretje, toen zij over het wandelpad van het restaurant in Cuba naar het hotel liep. Het karretje was in beweging gebracht door een daarin plaatsnemende gezagvoerder, eveneens werknemer van Martinair, tengevolge van deze aanrijding heeft zij letselschade opgelopen. Nadat de rechtbank een aan bedoelde gezagvoerder toe te rekenen onrechtmatige daad heeft aangenomen, komt de aansprakelijkheid van Martinair als werkgever aan de orde. Bovenbedoelde stewardess heeft Martinair als werkgever op de volgende gronden aansprakelijk gesteld:

- ten eerste op grond van artikel 6:170 BW, als werkgever van bovenbedoelde gezagvoerder;
- ten tweede op grond van artikel 7:658 lid 2 BW en/of 7:611 BW, als haar werkgever.

De rechtbank heeft overwogen dat er geen aansprakelijkheid van de werkgever (Martinair) op grond van artikel 6:170 BW bestaat, daar er, hoewel de door de stewardess geleden schade verband houdt met de werkzaamheden die door de gezagvoerder moesten worden verricht, 'geen sprake is van een functioneel verband tussen de onrechtmatige handeling' van de gezagvoerder 'en de aan hem opgedragen werkzaamheden'.

Volgens de rechtbank is er ook geen plaats voor aansprakelijkheid van de werkgever (Martinair) op grond van artikel 7:658 BW, daar, wanneer ik de uitspraak goed begrijp, Martinair ten aanzien van de omstandigheden van het geval niet de in dit artikel bedoelde zorgplicht heeft en deze daarom ook niet heeft geschonden.

Wel neemt de rechtbank aansprakelijkheid van de werkgever aan op grond van artikel 7:611 BW. Volgens de rechtbank is het daarbij *niet* 'van belang of er sprake is van enig *bijzonder risico*, dat aan het verblijf is verbonden' (cursivering van mij). Waar het, aldus de rechtbank, om gaat is dat het onderhavige

26 Zie voor de hier bedoelde aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 100 (Nefalit) en HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 101 (Eternit).

27 Rechtbank Alkmaar 25 januari 2006, *NJF* 2006, 285.

risico, dat door de rechtbank als niet-bijzonder[28] wordt gezien, een risico betreft 'waarvoor een ongevallenverzekering dekking zou kunnen verlenen', terwijl een dergelijke ongevallenverzekering niet was afgesloten. Voorts overweegt de rechtbank dat de stewardess uiteraard ook zelf kan inschatten dat zij – evenals in Nederland – risico's loopt. Maar dat het onder de omstandigheden van het geval de primaire verantwoordelijkheid van Martinair als werkgever is 'om ervoor zorg te dragen dat zij de gevolgen van het verwezenlijken van deze risico's voor haar rekening neemt, al dan niet door het sluiten van een eigen verzekering. Het gaat hier immers om risico's, die verband houden met de voor haar te verrichten werkzaamheden'.

Deze uitspraak gaat gezien het feit dat het er volgens de rechtbank niet toe doet 'of er sprake is van enig bijzonder risico, dat aan het verblijf is verbonden' verder dan in de hiervoor behandelde jurisprudentie van de Hoge Raad, ten aanzien van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW wordt aangenomen. Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW was immers eerst plaats onder bijzondere omstandigheden. De rechtbank lijkt er vanuit te gaan dat de redelijkheid en billijkheid/goed werkgeverschap meebrengt dat een werkgever zijn werknemers, wanneer het verzekerbare risico's betreft, die verband houden met de te verrichten werkzaamheden, verzekert en zo de werkgever dit niet heeft gedaan hij zelf het risico draagt.[29]

De uitspraak van de rechtbank lijkt voorts als vreemde consequentie te hebben dat een werkgever een groter aansprakelijkheidsrisico kan lopen in een situatie waarin deze niet de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht/zeggenschap heeft dan in de situatie waarin van deze zorgplicht/zeggenschap wel sprake is. Voor deze laatste situatie geldt immers (zie hierna onder 3) dat de zorgplicht van de werkgever niet beoogt een absolute waarborg te scheppen terwijl de rechtbank Alkmaar wel in de richting van een absolute waarborg lijkt te gaan, wanneer aansprakelijkheid wordt aangenomen omdat het een verzekerbaar risico betreft.

3 ARTIKEL 7:658 BW

In de zaak Hollander tegen Wolfard & Wessels overwoog de Hoge Raad:[30] dat de uit artikel 1638x BW (thans 7:658 BW) voortvloeiende verplichtingen 'niet beogen een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het in dat artikel bedoelde gevaar, maar de strekking hebben te bewerkstelligen dat de werknemer tegen dat gevaar 'zoover beschermd is

28 Het ongeval had zich, aldus de rechtbank immers 'evengoed kunnen voordoen in Frankrijk of Duitsland'.

29 Vergelijk G.T. de Jong, in: C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 178.

30 HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 137, m.nt. PAS

als redelijkerwijs in verband met den aard van den arbeid gevorderd kan worden'. Dit gegeven bracht mee dat de enkele omstandigheid dat zich in de ruimte waarin gewerkt werd, naast twee veilige op- en afgangen, een ladder bevond die niet bedoeld of geschikt was om als op- of afgang te dienen, niet betekende dat de werkgever aansprakelijk was voor de schade die zijn werknemer juist door het gebruik van deze ladder had geleden.[31] Ten aanzien van de aansprakelijkheid zou mogelijk anders kunnen worden geoordeeld indien de werkgever moest verwachten dat de werknemer, ondanks dat deze kon zien dat de ladder ongeschikt was, de ongeschikte ladder zou gebruiken.[32] Wanneer zich zo een voorzienbaar bijzonder risico voordoet wordt wel van de werkgever verwacht dat deze extra maatregelen neemt ter voorkoming daarvan.[33] Dit is echter een ander criterium dan het hiervoor, onder 2.4, besproken door de rechtbank Alkmaar gehanteerde criterium, dat aansprakelijkheid bestaat wanneer en omdat een risico, dat verband houdt met de te verrichten werkzaamheden, verzekerbaar is, maar een verzekering niet is afgesloten.

Ook uit de uitspraak van de Hoge Raad inzake Oost tegen Brands,[34] betreffende het huidige artikel 7:658 BW, kan worden afgeleid dat van de werkgever geen absolute veiligheidswaarborgen worden verwacht. Zo overweegt de Hoge Raad dat uit het enkele feit dat een werknemer tijdens werktijd een ongeval kon overkomen niet volgt dat een werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan; dat een werkgever 'op grond van art. 7:658 BW slechts gehouden is die maatregelen te treffen die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om ongevallen te voorkomen (…) dat art. 7:658 BW een zorgplicht van de werkgever inhoudt en geen absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer'.[35]

Wanneer de hiervoor onder 2.4 behandelde uitspraak van de rechtbank Alkmaar, waarin deze overweegt dat het voor de aansprakelijkheid, op grond van artikel 7:611 BW, niet van belang is of er sprake is van enig *bijzonder risico*, maar dat het er om gaat of het een risico betreft 'waarvoor een ongevallenverzekering dekking zou kunnen verlenen', juist zou blijken te zijn, zou, ook in het geval dat een werknemer schade lijdt ten gevolge van de uitoefening van de werkzaamheden en artikel 7:658 BW van toepassing is, moeten gelden dat een werkgever aansprakelijk is wanneer en omdat hij verzekerbare risico's die zijn voorgevallen in de uitoefening van de werkzaamheden niet heeft verzekerd. Dit daar er anders een niet verdedigbare discrepantie zou bestaan tussen aansprakelijkheid van de werkgever voor schade aan een werknemer

31 HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 137, m.nt. PAS. Zie ook HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260.

32 Zie de overwegingen van de rechtbank te kennen uit: HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 137, m.nt. PAS.

33 Zie de overwegingen van de rechtbank te kennen uit: HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 137, m.nt. PAS. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 mei 2004, *NJ* 2006, 128.

34 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260.

35 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260. Zie ook HR 2 maart 2007, *RvdW* 2007, 257.

overkomen in een situatie waarin de werkgever niet over zeggenschap beschikt en in een situatie waarin dit wel het geval is. De Hoge Raad lijkt, gezien zijn overweging dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer inhoudt, vooralsnog echter niet van zo een vergaande aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW uit te gaan. Mede hierom lijkt de aansprakelijkheid zoals door de rechtbank Alkmaar in de bovenbedoelde zaak is aangenomen, te ver te gaan.

De uitspraak van de rechtbank Alkmaar raakt nog een interessant ander punt, namelijk dat van de ongevallenverzekering. Voor zover een ongevallenverzekering als sommenverzekering dient te worden aangemerkt, geldt in beginsel dat een uitkering uit ongevallenverzekering, welke door het slachtoffer is afgesloten, niet als een voordeel wordt gezien dat in mindering dient te worden gebracht op de te vergoeden schade. Het bestaan van zo een verzekering is, aldus de Hoge Raad, een aangelegenheid die de schadeplichtige niet aangaat, daar 'het afsluiten van een dergelijke verzekering in de huidige maatschappij een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen'.[36]

Niet geheel duidelijk is of het uitgangspunt, dat een uitkering uit sommenverzekering niet als een voordeel wordt gezien dat in mindering dient te worden gebracht op de te vergoeden schade, ook geldt wanneer de aansprakelijke werkgever de verzekeringnemer is en de premie betaalt.[37] Mogen we de uitspraak van de rechtbank nu zo verstaan dat wanneer de werkgever de verzekeringnemer is die de premie betaalt en de werknemer de verzekerde, een uitkering uit ongevallenverzekering, ook al betreft dit een sommenverzekering, op grond van artikel 6:100 BW, in mindering wordt gebracht op de door de werkgever te vergoeden schade? Deze opvatting is verdedigbaar.[38]

---

36 HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172, m.nt.G.J.S; Zie ook *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk wetboek, Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Boek 6, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red: C.J. van Zeben en J.W. Du Pon), Deventer: Kluwer 1990, p. 1295. Zie ook HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600, m.nt. M.M.M.

37 T. Hartlief, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Studiereeks Burgerlijk Recht, nr. 5, Deventer: Kluwer 2006, nr. 225.

38 In deze zin de *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Boek 6, door C.J. van Zeben en J.W. Du Pon met medewerking van M.M. Olthof, Deventer: Kluwer 1981, p. 349-350, waar de rechter de vrijheid wordt gelaten om tot voordeeltoerekening te besluiten in de door A.R. Bloembergen bedoelde, zoals in deze geschiedenis op p. 350 weergegeven, situatie. Ten aanzien van de visie van Bloembergen wordt gesteld: 'Hij is van mening dat in bepaalde gevallen voor die toerekening (op grond van artikel 6.1.9.5, thans artikel 6:100) veel te zeggen valt, met name wanneer de ongevallenverzekering is gesloten en gefinancierd door de aansprakelijke persoon, bijvoorbeeld (…) een door een werkgever ten behoeve van zijn werknemers gesloten collectieve ongevallenverzekering' (toevoeging tussen haakjes van mij). In deze zin ook Asser/Hartkamp 4-I, Deventer: Kluwer 2004, nr. 477 t/m 478.

Zo overweegt het hof 's-Hertogenbosch:[39] 'Uit artikel 6:100 BW volgt dat een voordeel uit een sommenverzekering bij de vaststelling van de te vergoeden letselschade in rekening dient te worden gebracht, voor zover dat redelijk is' en dat wanneer het de aansprakelijke is geweest 'die de sommenverzekering heeft afgesloten en de premie daarvoor heeft betaald' het redelijk is om het uit die verzekering aan de benadeelde toekomende voordeel te verrekenen met de door de benadeelde geleden schade. Voorts overweegt het hof dat de Hoge Raad weliswaar 'heeft bepaald dat de uitkering krachtens een sommenverzekering bij letselschade niet voor voordeeltoerekening in aanmerking komt (HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172)', maar dat daarbij evenwel niet uit het oog mag 'worden verloren dat bij dat oordeel gewicht is toegekend aan de omstandigheid dat de verzekering in het desbetreffende geval was afgesloten door het slachtoffer zelf, die ook zelf de hoogte van het te verzekeren bedrag had bepaald en de in verband daarmee verschuldigde premie had betaald'.

Wel maakt het hof nog het voorbehoud dat het minder voor de hand ligt een werknemer het uit een sommenverzekering verkregen voordeel in rekening te brengen wanneer de aansprakelijke werkgever ingevolge een CAO ten behoeve van zijn werknemers een verzekering heeft afgesloten en daarvoor de premies betaalt en het afsluiten van de verzekering aldus een onderdeel van de arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de werknemer is.

4 PSYCHISCHE KLACHTEN

Hieronder zal ik kort ingaan op de vraag of een werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk gesteld kan worden voor psychische schade die een werknemer lijdt ten gevolge van risico's die verbonden zijn aan de uitoefening van zijn werkzaamheden. In de literatuur werd over het antwoord op deze vraag verschillend gedacht en werd geopperd dat niet artikel 7:658 BW maar artikel 7:611 BW de basis voor vergoeding van schade ten gevolge van de hier bedoelde psychische klachten zou zijn.[40]

Inmiddels heeft de Hoge Raad echter het volgende overwogen:[41]

---

39 Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, *NJ* 2004, 367.

40 T.Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', *RMThemis* 2002/2, p. 81: 'Voor puur psychisch letsel zou dan niet het juist voor lichamelijke veiligheid geschreven art. 7:658 BW als lex specialis van art. 7:611 BW van toepassing zijn, maar juist de algemene bepaling van art. 7:611 BW zelf.' Anders R. van de Water, 'Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?, *ArbeidsRecht* 2003/2, p. 14: 'Waar het echter om gaat, is de dogmatische vraag of art. 7:658 BW ook van toepassing is op psychische arbeidsongeschiktheid. Het antwoord op deze vraag luidt volgens mij bevestigend.' Zie in deze zin ook M.S.A. Vegter, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor *overbelasting* (stress) en andere vormen van *psychisch letsel*', *NJB* 2002, p. 1935-1942 en M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 90-91.

41 HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 en HR 11 maart 2005, *JA* 2005/ 39, m.nt. S.D. Lindenbergh.

> 'De tekst van art. 7:658 BW noch de geschiedenis van dit artikel dwingt tot de beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht. De ratio van de verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever is, zowel in het geval van art. 7:658 BW als in het geval van de voorloper van dat artikel, art. 7A:1638x (oud) BW, niet zozeer gelegen in het fysieke karakter van de aantasting van de werknemer, maar in de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken. Dit is niet anders wanneer de werkomstandigheden niet fysiek, maar psychisch ziekmakend zijn.'
>
> De door het onderdeel voorgestane, beperkte uitleg dat artikel 7:658 zich niet zou lenen voor toepassing in gevallen van psychisch letsel, ook niet wanneer dit uitmondt in klachten van lichamelijke aard
>
> 'zou ook leiden tot willekeurige onderscheidingen, omdat lichamelijk en psychisch welzijn nauw met elkander zijn verbonden: wat bij het ene individu tot uiting komt als lichamelijke klacht, zal bij de andere naar buiten komen in de vorm van een psychische klacht. Er is derhalve noch een principiële noch een praktische rechtvaardiging om de schade waartegen art. 7:658 BW bescherming beoogt te bieden, te beperken tot gevallen, zoals door het onderdeel bepleit, waarin (alleen) lichamelijk letsel is opgetreden. Voor de toepassing van art. 7:658 BW is – uiteraard – wel vereist dat het gaat om schending door de werkgever van een norm als in die bepaling bedoeld, alsmede om risico's die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving. Er moet derhalve causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade'.

De bovenstaande rechtsoverweging spreekt voor zich. Artikel 7:658 BW is dus ook van toepassing in geval van schade ontstaan tengevolge van psychisch letsel welk letsel de werknemer is overkomen tengevolge van 'risico's die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving'.

Ook ten aanzien van psychisch letsel geldt, zo lijkt mij, dat wanneer de zorgplicht/zeggenschap als bedoeld in artikel 7:658 BW ontbreekt de desbetreffende werkgever aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 7:611 BW. Vereist zou dan moeten zijn dat een werknemer psychische schade lijdt ten gevolge van kenbare bijzondere risico's die zich voordoen tijdens het verrichten van zijn werkzaamheden of een situatie die daarmee zodanig samenhangt dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat.[42] Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een werknemer, piloot, in een plaats van bestemming, waar terroristische aanslagen of gijzelingen geen

42 Vergelijk E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', *ArbeidsRecht* 2006/2, nr. 10.

uitzondering zijn, in de wachttijd tussen twee vluchten met een terroristische aanslag of een gijzeling te maken krijgt.[43]

Wanneer het causaal verband (sine qua non-verband) tussen de schending van de verplichting van de werkgever ingevolge artikel 7:611 BW en de schade tengevolge van psychisch letsel door de werknemer is aangetoond geldt mijns inziens ook voor aansprakelijkheid wegens psychisch letsel op grond van artikel 7:611 BW dat een werkgever ter ontkoming aan zijn aansprakelijkheid eerst met succes een beroep op eigen schuld van de werknemer kan doen wanneer er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Wanneer het causaal verband (sine qua non-verband) tussen de schending van de verplichting van de werkgever ingevolge artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW en de schade niet kan worden vastgesteld omdat de kans bestaat dat een aan de werknemer toe te rekenen omstandigheid de schade (mede) heeft veroorzaakt (het psychisch letsel kan bijvoorbeeld (mede) zijn veroorzaakt door buiten de werksfeer gelegen omstandigheden) mag de rechter, omdat het 'in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm – het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer – en de aard van de normschending (…) uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' is 'de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen' en het eveneens onaanvaardbaar is 'de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen', de werkgever tot vergoeding van de gehele schade veroordelen 'met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen'.[44] Voor schadevergoeding op grond

43 Het oordeel van de Kantonrechter Delft 1 november 2001, *JAR* 2002/69, waarin deze onder andere oordeelde dat de werkgever niet op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk was voor de door zijn werknemer ondervonden gevolgen van een gijzeling, betrof een andere situatie. De gijzeling was de werknemer overkomen in een situatie die, volgens de kantonrechter, niet samenhing met de werkzaamheden. De kantonrechter overwoog: 'Weliswaar brengt een detachering in een land als Jemen in 1994 een verhoogd veiligheidsrisico met zich, maar het feit dat Elderhorst voor zijn werk in Jemen moest zijn, maakt niet dat ook het wonen en zijn vrije tijdsbesteding onder het begrip 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' in de zin van artikel 7:658 lid 2 BW komen te vallen' en voorts: 'Nu naar het oordeel van de kantonrechter de Elderhorst overkomen gijzeling niet samenhangt met zijn werkzaamheden, is er in de gegeven omstandigheden geen ruimte voor het aannemen van een aansprakelijkheid van TNO ex artikel 7:611BW'.

44 HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 100 (Nefalit). Zie ook C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', *NJB* 2007, p. 1352-1353 die van mening is dat geen goede grond bestaat dat de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid van de werkgever beperkt wordt tot werkgeversaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen. Wel blijft uitgangspunt, zo stelt de auteur, dat de eiser het causaal verband tussen de aansprakelijkheidvestigende 'gebeurtenis en de schade waarvan hij vergoeding vordert dient te bewijzen en dit in principe tot een 'ja of nee'-uitkomst leidt. Slechts als een 'ja' of 'nee'

van artikel 7:658 BW volgt dit uit Hoge Raad 31 maart 2006, welke uitspraak weliswaar de aansprakelijkheid van een werkgever wegens blootstelling van de desbetreffende werknemer, in de uitoefening van diens werkzaamheden, aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof betreft,[45] maar waarvan niet gezegd kan worden dat deze geen toepassing verdient in geval van een werkgerelateerde ziekte anders dan tengevolge van een voor de gezondheid gevaarlijke stof. Voor schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW geldt dat het hier behandelde systeem van proportionele aansprakelijkheid eveneens zou kunnen worden toegepast.[46]

5 CONCLUSIE

Een werkgever kan onder omstandigheden ondanks dat niet aan de eisen voor aansprakelijkheid ingevolge artikel 7:658 BW is voldaan, daar zeggenschap en daarmee de in dit artikel bedoelde zorgplicht ontbreekt, jegens zijn werknemer aansprakelijk zijn. De werknemer kan deze aansprakelijkheid gronden op artikel 7:611 BW. Aldus verenigen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW hun werking en is in die zin sprake van samenloop van rechtsvorderingen.

Ten aanzien van de in de inleiding gestelde vraag of de mogelijkheden voor een werknemer om met succes een beroep op artikel 7:611 BW te doen, moeten worden ingeperkt om recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van de werkgever om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij *geen zeggenschap* heeft, kan het volgende

---

antwoord eigenlijk niet te geven is en het onaanvaardbaar is deze onzekerheid ten laste van de ene of de andere partij te brengen, kan een proportionele aansprakelijkheid geïndiceerd zijn'. Zie ook R. van de Water, 'Vergoeding van psychische schade via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?, *ArbeidsRecht* 2003/2, nr. 8, p. 13-14. Zie ook E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', *ArbeidsRecht* 2006/2, nr. 10.

45 HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 100. Zie echter J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p.177-178, waar hij stelt: 'De vraag blijft: is aansprakelijkheid voor schade die met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid niet door gedaagde is veroorzaakt proportioneel of disproportioneel? De kans dat het laatste het geval is, is zeker niet verwaarloosbaar klein.' Zie over bewijsproblemen H.J.W. Alt, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten anno 2006, ongelijkheidscompensatie in het gedrang?, *Arbeidsrecht* 2006/10, nr. 53.

46 Vergelijk S.D. Lindenbergh, in zijn noot onder HR 11 maart 2005, *JA* 2005/39 en in 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel, *MvV* 2005, p. 89; Zie voorts E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', *ArbeidsRecht* 2006/2, nr. 10. Anders M.S.A Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 121, die, ten aanzien van zowel artikel 7:658 BW als artikel 7:611 BW, van mening is 'dat een benadering langs de weg van de causaliteit minder geschikt lijkt' 'dan een benadering via artikel 6:101 BW'om te voorkomen 'dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor letsel dat niet het gevolg is van omstandigheden op het werk, maar van gebeurtenissen in de privé-sfeer van de werknemer'.

worden gesteld. De aansprakelijkheid van de werkgever in bedoelde situatie, op grond van artikel 7:611 BW, is behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, niet onredelijk wanneer de werknemer schade lijdt tengevolge van *bijzondere risico's* die zich voordoen tijdens het verrichten van verplichtingen uit arbeidsovereenkomst of tijdens een situatie die daarmee samenhangt (gevallen als bedoeld onder paragraaf 2.1 tot en met 2.3). De werknemer loopt bedoelde risico's in deze situaties immers ten behoeve van de werkgever. In deze gevallen past de aansprakelijkheid van de werkgever in het stelsel van het arbeidsrecht (artikel 6:170 lid 3 BW en artikel 7:661 BW). Wel dient de aansprakelijkheid te worden beperkt tot *kenbare bijzondere risico's*. In het geval van kenbare bijzondere risico's kan van een werkgever worden verwacht dat hij maatregelen neemt ter voorkoming ervan en dat hij deze risico's, wanneer ze zich nochtans verwezenlijken, voor zijn rekening neemt.

Mogelijk kan, analoog aan aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, aansprakelijkheid worden aangenomen wanneer het een niet kenbaar risico betreft voor zover de kans op het zich verwezenlijken daarvan aanzienlijk is verhoogd doordat maatregelen aangaande kenbare risico's achterwege zijn gebleven. Niet vereist is dat voorzienbaar is dat het risico zich zal realiseren.

Wordt aan deze criteria vastgehouden dan leidt aansprakelijkheid van de werkgever, op grond van artikel 7:611 BW, voor schade aan zijn werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden of daarmee gelijk te stellen situatie overkomen, niet (in onredelijke mate) tot een schending van zijn gerechtvaardigde belang om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij geen zeggenschap heeft. Bovendien worden, wanneer aan deze criteria wordt vastgehouden, de belangen van een werknemer, in een situatie waarin hij ten behoeve van zijn werkgever bijzondere risico's loopt, voldoende gewaarborgd. Met andere woorden samenloop, in de zin van verenigende werking, van de artikelen 7:611 BW en 7:658 BW leidt wanneer aan bovenbedoelde criteria wordt vast gehouden niet tot (onaanvaardbare) schending van het gerechtvaardigde belang van een werkgever om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij geen zeggenschap heeft. Bovendien doet de hier bedoelde samenloop recht aan de belangen van een werknemer in een situatie waarin hij ten behoeve van zijn werkgever bijzondere risico's loopt, maar hij zich niet op artikel 7:658 BW kan beroepen omdat zeggenschap van de werkgever en daarmee de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht ontbreekt.

Aansprakelijkheid van een werkgever op grond van artikel 7:611 BW, voor schade aan de desbetreffende werknemer ten gevolge van niet-bijzondere risico's in de uitoefening van diens werkzaamheden of daarmee samenhangende situatie, overkomen, omdat en wanneer het een verzekerbaar risico betreft, lijkt mij echter te ver te gaan. Dit daar een dergelijke aansprakelijkheid een niet verdedigbare discrepantie met aansprakelijk op grond van artikel 7:658 BW oplevert.

7 Opdracht en het Wetsvoorstel Personenvennootschappen; samenloop?

J. Nijland[■]

1 INLEIDING

Onder het huidige recht zijn de regels voor personenvennootschappen verspreid neergelegd in verschillende wettelijke regelingen. Zo wordt de maatschap als bijzondere overeenkomst in de negende titel van Boek 7A BW geregeld, en in het Wetboek van Koophandel wordt in de derde titel een nadere invulling gegeven aan de regeling betreffende de vennootschap onder firma. Bij het ontbreken van een bijzondere wettelijke regel wordt teruggegrepen op het algemeen vermogensrecht.

Het wetsvoorstel (vaststelling titel 7.13, personenvennootschappen) dat momenteel bij de Eerste Kamer ligt, zal de verschillende regelingen met betrekking tot personenvennootschappen in één titel bijeenbrengen.[1] In deze bijdrage wil ik aandacht besteden aan een belangrijke, veelbesproken wijziging ten opzichte van de huidige regeling, te weten de invoering van hoofdelijke aansprakelijkheid voor samenwerkende *beroepsbeoefenaren*.[2] Deze hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat onder huidig recht reeds voor de in een vennootschap onder firma samenwerkende *bedrijfsbeoefenaren*.[3] Maar onder de huidige regeling zijn beroepsbeoefenaren die samenwerken in een maatschapsverband in beginsel slechts voor gelijke delen verbonden – conform de hoofdregel van art. 6:6 BW – voor schulden door de gezamenlijke maten aangegaan, ook wel schulden 'van de maatschap'[4] genoemd (zie par. 2). Een uitzondering op die regel bestaat voor de maat-opdrachtnemer: deze is ten aanzien van de op-

---

■ J. Nijland is PhD-fellow bij de afdeling notarieel recht, Universiteit Leiden.

1 Zie: Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 1-2. De daadwerkelijke invoering laat nog op zich wachten. De behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is uitgesteld om samen te voegen met de behandeling van de Invoeringswet. Zie de korte aantekening van de vaste commissie voor Justitie van 14 maart 2006, te raadplegen via <www.eerstekamer.nl>. Maar invoering lijkt aanstaande, getuige de indiening van de Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek op 11 juni 2007, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 1-3.

2 Een andere wijziging ten opzichte van de huidige regeling, volgens de Minister misschien wel de meest in het oog springende, is de mogelijkheid tot verkrijging van rechtspersoonlijkheid voor de personenvennootschap, zie MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 1.

3 Zie art. 16 WvK.

4 Wanneer ik in het vervolg spreek over verbintenissen 'van de maatschap', doel ik op een namens de gezamenlijke maten aangegane verbintenis. Zie nader noot 13.

drachtgever, niet zoals de overige maten voor gelijke delen, maar in beginsel *hoofdelijk* aansprakelijk op grond van de regels met betrekking tot de overeenkomst van opdracht (zie nader par. 3). Welk uitgangspunt geldt echter in het geval dat de (stille) maatschap als geheel de opdracht aanneemt? Zijn alle maten in dat geval slechts voor gelijke delen aan te spreken, of zijn zij allemaal hoofdelijk aansprakelijk op grond van de voor de opdracht geldende regels? De samenloop van aansprakelijkheid bij de overeenkomst van opdracht en de aansprakelijkheid onder het maatschapsregime bij overeenkomsten die gesloten zijn tussen derden en de maten van een maatschap wordt nader besproken in par. 4. In par. 5 wordt het wetsvoorstel personenvennootschappen nader toegelicht.

Het wetsvoorstel personenvennootschappen kent een eigen regeling voor de (vennoot van een) personenvennootschap die een opdracht aanneemt. Deze regeling is geïnspireerd door de regeling voor de overeenkomst van opdracht zoals die momenteel in Boek 7 BW is neergelegd (zie nader par. 5.2). Samenloop van deze regeling met de overeenkomst van opdracht – waarbij de vraag rijst welk aansprakelijkheidsregime geldt – zal hierdoor volgens de wetgever niet meer voorkomen.[5] Het valt mijns inziens echter nog te bezien of dit in alle gevallen een legitieme conclusie is. Ik kom hier in par. 5.3 op terug. Alvorens toe te komen aan een conclusie over de samenloop van de in Boek 7 BW geregelde opdracht en de voorgestelde regeling voor de personenvennootschap die een opdracht aanneemt, volgen enkele opmerkingen ten aanzien van de huidige regeling van de maatschap en de overeenkomst van opdracht.

2 De overeenkomst van maatschap

2.1 Het maatschapsbegrip

Allereerst is het nodig te bepalen wat een maatschap precies inhoudt. De maatschap in ruime zin omvat de vennootschap onder firma (hierna: VOF), de commanditaire vennootschap (hierna: CV) en de maatschap in enge zin. De VOF en de CV zien op de uitoefening van een *bedrijf*.[6] De maatschap in enge zin ziet daarentegen in beginsel op de samenwerking van *beroep*sbeoefenaren.[7] Van oudsher wordt dan gedacht aan het beroep van advocaten, artsen en notarissen, maar inmiddels worden ook accountants en bijvoorbeeld vroedvrou-

5 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 20.

6 Zie art. 16 WvK resp. art. 19 WvK.

7 De toevoeging 'in beginsel' is noodzakelijk omdat in een zogenaamde stille maatschap, waar de maten niet onder een gemeenschappelijke naam naar buiten treden, ook bedrijfsactiviteiten kunnen worden ontplooid.

wen als beroepsbeoefenaren gezien.[8] In deze bijdrage beperk ik mij tot de regeling van de maatschap in enge zin. In de literatuur worden de volgende vier cursief weergegeven elementen vaak genoemd als kenmerkend voor de maatschap:[9] essentieel is de aanwezigheid van s*amenwerking*, met het oog op het behalen van *voordeel*, door *inbreng* op basis van een *overeenkomst*. Wanneer de maten onder gemeenschappelijke naam naar buiten treden is sprake van een *openbare* maatschap. Is dit niet het geval, dan is sprake van een s*tille* maatschap. Voor deze bijdrage, met als onderwerp de samenloop van aansprakelijkheden, is van belang dat een maatschap een overeenkomst is waarop de algemene bepalingen van Boek 3 en 6 BW van toepassing zijn. In de volgende paragraaf ga ik nader op deze bepalingen in.

2.2 Art. 7A:1655 BW; een bijzondere, wederkerige overeenkomst

De overeenkomst van maatschap is per 1 januari 1992 in afwachting van een nieuwe titel ondergebracht in de negende titel van Boek 7A (Bijzondere overeenkomsten; vervolg), getiteld: *Van maatschap*. Dat de maatschap een overeenkomst is, bevestigt art. 7A:1655 BW:

> 'Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkander te delen.'

Het algemene overeenkomstenrecht houdt zich in overwegende mate bezig met overeenkomsten 'die zich laten kenmerken als incidentele rechtsbetrekkingen tussen niet meer dan twee personen, met ieder een eigen tegengesteld belang'.[10] Bijzonder aan de overeenkomst van maatschap is derhalve dat het een overeenkomst is tussen twee *of meer* personen. Bovendien onderscheidt de maatschap zich van de standaardovereenkomst – waarbij twee partijen met in beginsel *tegenstrijdige* belangen een overeenkomst sluiten – doordat de partijen, in casu de maten, in beginsel een gemeenschappelijk belang nastreven. Voorts is de maatschap een duurovereenkomst, doordat deze geen incidenteel, maar een in beginsel voortdurend karakter heeft. De maatschap kwalificeert zich niet als een typische overeenkomst, in die zin dat het een overeenkomst is die wordt uitgevoerd en daarna, zoals bijvoorbeeld een koopovereenkomst, uit het rechtsleven verdwijnt.

---

8 De grens tussen het beroep en het bedrijf is in de loop der tijd vervaagd. In het wetsvoorstel is dit onderscheid dan ook niet meer bepalend voor de rechtsvorm. Zie art. 7:801 lid 1 Ontwerp BW.

9 Zie Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 9 e.v. en P.L. Wery, *Hoofdzaken maatschap vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13 e.v.

10 Zie Asser/Maeijer 5-V (1995), i.h.b. nr. 6 en 7.

De genoemde afwijkingen van de typische overeenkomst staan echter niet in de weg aan de toepasselijkheid van de bepalingen van Boek 3 BW op de maatschap. Zoals de meerderheid van de schrijvers terecht aanneemt, is de overeenkomst van maatschap in beginsel bovendien als wederkerig te beschouwen, hetgeen toepasselijkheid van de bepalingen van Boek 6 BW meebrengt.[11] Iedere maat zegt zijn medewerking namelijk slechts toe op grond van de daar tegenover staande *belofte van samenwerking* van de andere ma(a)t(en). Dit wederkerige karakter brengt mee, dat de bepalingen uit het algemeen deel van het verbintenissenrecht, die specifiek zien op de wederkerige overeenkomsten, ook op maatschappen van toepassing zijn.

De constatering dat de bepalingen uit Boek 3 en Boek 6 BW van toepassing zijn,[12] is van belang aangezien de verplichtingen die uit de overeenkomst van maatschap voor de maten voortvloeien – voorzover er in de wettelijke regeling van maatschap niets bijzonders wordt geregeld – aan de hand van deze bepalingen worden ingevuld. De regeling voor de maatschap loopt grotendeels parallel met het algemene, voor verbintenissen geldende regime.

2.3 Aansprakelijkheid voor gelijke delen en vertegenwoordiging

Indien een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd is, zijn zij volgens het algemene regime, conform de hoofdregel van art. 6:6 BW, aansprakelijk voor gelijke delen. Voor de maten van de maatschap is de aansprakelijkheid voor gelijke delen voor door de maatschap gesloten verbintenissen expliciet neergelegd in art. 7A:1680 BW.

Verbintenissen met de maatschap kunnen worden aangegaan door vertegenwoordiging. De maatschap kan worden vertegenwoordigd door alle maten gezamenlijk of door afzonderlijke maten.[13] De desbetreffende maat of maten dienen daartoe over een volmacht van de andere maten te beschikken. Deze volmacht kan op basis van de maatschapsovereenkomst, maar ook per situatie worden verleend. Men kan zeggen dat deze volmacht in het geval van een openbare maatschap stilzwijgend is verleend, althans dat de bevoegdheid op grond van de maatschapsovereenkomst tevens de bevoegdheid tot

11 Zie Mohr 1998, p. 9 e.v.

12 Deze toepasselijkheid geldt voorzover hiervan in de art. 7A:1655-1688 BW niet wordt afgeweken en het karakter van de maatschapsovereenkomst zich daartegen niet verzet.

13 Zie uitgebreid over vertegenwoordiging Mohr 1998. In de heersende leer wordt de maatschap niet gezien als een apart rechtssubject. Niet de maatschap wordt vertegenwoordigd, maar de gezamenlijke maten in hun onderlinge band. Zie J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, *De personenvennootschappen naar titel 7.13 BW*, Den Haag: Reed Business Information 2005, p. 94. Desalniettemin is ook bij de personenvennootschappen de laatste jaren steeds meer nadruk komen te liggen op het 'instituut', met onder het komend recht zelfs de mogelijkheid om voor rechtspersoonlijkheid te opteren.

vertegenwoordiging 'impliceert'.[14] Deze redenering gaat voor de stille maatschap, vanwege de aard ervan, niet gelijkelijk op. Handelt een maat bevoegd in naam van de maatschap met een derde, dan is sprake van vertegenwoordiging van de maatschap en ontstaat derhalve een verbintenis met de maatschap en zijn de maten voor gelijke delen verbonden.[15]

De regeling loopt grotendeels parallel aan de algemene regeling voor vertegenwoordiging. Er zijn echter uitzonderingen op deze algemene regeling. In geval van onbevoegde vertegenwoordiging wordt in de maatschapsregeling afgeweken van de in art. 3:70 BW neergelegde hoofdregel. Bij reguliere vertegenwoordiging staat de vertegenwoordiger slechts in voor de aan hem verstrekte volmacht en kan hij derhalve (slechts) tot schadevergoeding gehouden zijn. De *maat* echter die onbevoegd vertegenwoordigt, *bindt* zichzelf op grond van art. 7A:1681 BW, zodat *hijzelf* gehouden is de overeenkomst na te komen, hetgeen verder gaat dan het instaan voor de volmacht.

Maar ook in het geval dat de maatschap bevoegd wordt vertegenwoordigd zijn er verschillen tussen de regimes aan te wijzen. In het reguliere geval van bevoegde vertegenwoordiging treffen de gevolgen van de door de vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling uitsluitend de vertegenwoordigde persoon, de principaal. De vertegenwoordiger, de agent, valt er zogezegd tussenuit. In een maatschapsverhouding wordt de vertegenwoordigende maat van een maatschap echter op dezelfde wijze als de andere maten – dus in beginsel voor een gelijk deel – verbonden tegenover de derde. De regel dat de maten ieder voor een gelijk deel verbonden raken, wordt vaak vergezeld door het volgende voorbeeld: een maatschap met 100 maten heeft een schuld van € 1.000,- bij bijvoorbeeld een kantoorboekhandel; de winkelier zal bij niet-betaling de 100 afzonderlijke maten moeten aanspreken voor een bedrag van € 10,-. Hier passen echter twee nuanceringen. Ten eerste kan – behalve het vermogen van de afzonderlijke maten – ook het maatschapsvermogen verhaal bieden. In het merendeel van de gevallen wordt de rekening voldaan van de gemeenschappelijke rekening van de maatschap. Ten tweede bevat art. 6:6 lid 2 BW een uitzondering op de verbondenheid voor gelijke delen. Indien sprake is van een aan een derde te leveren prestatie die *ondeelbaar* is, zijn de maten ten opzichte van die derde hoofdelijk verbonden.[16] Bovendien kan – op grond van art. 6:6 lid 2 BW, uit de wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeien, dat de schuldenaren (lees maten) voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.[17] Zo kan het voorkomen dat de maten op grond van bijvoorbeeld de overeenkomst met een derde wél hoofdelijk verbonden zijn jegens die derde om de overeenkomst

14 Zie kritisch over deze impliciete volmacht Mohr 1998, p. 110-111.

15 Let wel, indien een maat in eigen naam met een derde handelt, speelt het leerstuk van de vertegenwoordiging voor de maatschap geen rol. Op die rechtsverhouding zijn dan de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing.

16 Zie art. 6:6 lid 2 BW.

17 Zo zijn de (beherend) vennoten in een VOF altijd hoofdelijk verbonden op grond van art. 18 WvK.

na te komen. Ook uit een vordering wegens onrechtmatige daad kan hoofdelijke verbondenheid ontstaan.

Ten slotte – en hier richt deze bijdrage zich met name op – kan een maat hoofdelijk, in plaats van voor gelijke delen, aansprakelijk zijn jegens een derde op grond van een met die derde gesloten overeenkomst van opdracht. Zo zal, wanneer één van de maten van de maatschap met het oog op zijn speciale kwaliteiten een opdracht van een derde krijgt, de desbetreffende maat de opdracht persoonlijk moeten verrichten en zal hij ten aanzien van deze derde voor het geheel verbonden zijn (art. 7:407 lid 2 BW), in afwijking op de hoofdregel dat de maten voor gelijke delen verbonden zijn (art. 7A:1680 BW).

3 DE OVEREENKOMST VAN OPDRACHT EN HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID

3.1 Art. 7:400 BW: definitie

Alvorens nader in te gaan op de vraag hoe de overeenkomst van opdracht zich verhoudt tot de tussen de maten bestaande maatschapsverhouding, zet ik in deze en de volgende paragraaf de huidige regeling van de overeenkomst van opdracht uiteen. Art. 7:400 BW omschrijft de overeenkomst van opdracht als volgt:

> 'De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten (…).'[18]

Men kan bijvoorbeeld denken aan een arts die met een patiënt overeenkomt om hem te behandelen en een advocaat die met een cliënt overeenkomt dat hij hem in een bepaalde zaak zal vertegenwoordigen. De arts en de advocaat zijn beiden persoonlijk aansprakelijk ten aanzien van hun opdrachtgever (art. 7:407 lid 2 BW).

3.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid bij overeenkomst van opdracht

Welke vorm van verbondenheid geldt nu wanneer twee of meer personen een overeenkomst van opdracht aangaan? In art. 7:407 lid 2 BW vinden we als uitzondering op de verbondenheid voor gelijke delen, zoals bepaald in art. 6:6 lid 1 BW, de volgende regel:

---

18 Nota bene: dit art. 7:400 BW moet men niet verwarren met het op 1 september 2007 inwerking getreden art. 7:400 BW, titel 7.5 (Pacht), Stb. 2007, 165. Abusievelijk voegt het Staatsblad een tweede art. 7:400 t/m 404 toe. Zie <http://wetten.overheid.nl>.

> 'Indien twee of meer personen tezamen een opdracht hebben ontvangen, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming (…).'

Voor wat betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtnemers is er nog wel een mogelijkheid om onder deze verbondenheid uit te komen. Art. 7:407 lid 2 BW bepaalt voorts namelijk:

> '(…) tenzij de tekortkoming niet aan hem (lees: de mede-opdrachtnemer; JN) kan worden toegerekend.'

De wetgever heeft hier aansluiting gezocht bij de hoofdregel van art. 6:74 lid 1 BW. Let wel, indien een beroep op deze disculpatiemogelijkheid door een maat/mede-opdrachtnemer slaagt, wordt hij gedisculpeerd voor zijn contractuele aansprakelijkheid als opdrachtnemer (zijn hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever uit de overeenkomst van opdracht vervalt), maar er blijft voor deze maat jegens de opdrachtgever wél een kwalitatieve aansprakelijkheid voor gelijke delen bestaan vanwege zijn kwaliteit als maat (art. 7A:1680 BW).

4 SAMENLOOP VAN AANSPRAKELIJKHEDEN NAAR HUIDIG RECHT

Ook wanneer een opdracht wordt gegeven aan twee of meer maten van een maatschap, zijn deze maten in beginsel hoofdelijk verbonden, op grond van het zojuist genoemde art. 7:407 lid 2 BW. Het is echter de vraag of de maten ook hoofdelijk verbonden zijn ingeval de overeenkomst van opdracht niet met de desbetreffende maten wordt gesloten, maar met de (stille) *maatschap*.[19] Bestaat er dan ten aanzien van de opdrachtgever alleen een hoofdelijke verbondenheid voor de *juridische* opdrachtnemer – in dit geval derhalve de maatschap – of bestaat deze ook voor de afzonderlijke maten? Deze laatste zouden kunnen aanvoeren dat zij slechts voor gelijke delen aansprakelijk zijn op grond van art. 7A:1680 BW. Dit beroep gaat echter niet voor alle maten op. Art. 7:404 BW bepaalt namelijk dat:

> 'Indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent, (…) die persoon gehouden [is] de werkzaamheden (…) zelf te verrichten (…); alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.'[20]

19 Het betreft dan een overeenkomst met de *gezamenlijke* maten, zie noot 13.
20 Zie noot 18.

In de parlementaire geschiedenis lezen we hierover:[21]

> 'De onderhavige bepaling bewerkt nu dat deze persoon ook zelf naast de *juridische* opdrachtnemer derhalve jegens de opdrachtgever hoofdelijk gehouden is tot een correcte uitvoering van de opdracht.'

Indien een maatschap een overeenkomst van opdracht aangaat, is de maatschap als geheel verbonden. Dit levert mijns inziens in beginsel een verbondenheid voor gelijke delen voor de maten op. Vergelijk hier Mohr die in relatie tot art. 7:407 BW het volgende stelt:[22]

> 'Anders dan Maeijer (…), zou ik menen dat deze bepaling niet tot gevolg heeft dat wanneer een maatschap een opdracht aanneemt dit er toe leidt dat zonder meer alle maten hoofdelijk gebonden zijn. Ware dit wel het geval, dan zou art. 7:407 BW, bij verrassing, een nagenoeg algehele gelijkstelling van de maatschap en de vennootschap onder firma teweeg brengen! Mij komt dat een onwaarschijnlijke conclusie voor.'

Mohr acht art. 7:407 BW slechts van toepassing in het geval sprake is van een 'team' van beroepsbeoefenaars, dat zich bindt een (omvangrijke) opdracht uit te voeren. Ten aanzien van de maat – met het oog op wie de overeenkomst is aangegaan – ontstaat inderdaad een hoofdelijke verbondenheid jegens de desbetreffende opdrachtgever, *naast* de hoofdelijke verbondenheid van de maatschap. Ook in het geval van een stille maatschap gaat deze redenering mijns inziens op, zij het dat een overeenkomst met de stille maatschap, slechts bij uitzondering het geval zal zijn nu deze niet onder één naam aan het rechtsverkeer deelneemt.

In de oorspronkelijke opzet van de regeling van opdracht wordt bij de verlening van opdracht aan een opdrachtnemer uitgegaan van het strikt persoonlijke karakter van de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.[23] Dat er sprake is van een vertrouwensrelatie tussen de handelende maat en wederpartij, houdt echter niet in dat deze vertrouwensband meebrengt dat een opdrachtgever, bijvoorbeeld een patiënt, *uitsluitend* een overeenkomst van opdracht heeft gesloten met de behandelend arts, en derhalve niet met de maatschap.[24] Zoals Hamers[25] aangeeft, gaat ook de wetgever uit van gebondenheid van de maatschap. Bij de bepaling wie de wederpartij van de opdrachtgever is (de maatschap of de individuele arts) is de verwachting van

---

21 Zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 331. Curs. toegevoegd.
22 Mohr 1998, p. 116-117.
23 Zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 329 e.v.
24 Zie uitgebreid over de opdracht B. Wessels, 'Opdrachten verleend met het oog op een persoon', *TVVS* 1993/12, p. 312-317.
25 Zie Hamers & Van Vliet 2005, p. 95-96.

de patiënt dat hij door een bepaalde arts persoonlijk zou worden behandeld, niet relevant.

Overigens kan in de overeenkomst van opdracht een afwijkend aansprakelijkheidsregime worden vastgelegd.[26]

5 Wetsvoorstel titel 7.13 BW en de opdracht

5.1 Art. 7:800 Ontwerp BW: de openbare en stille vennootschap

In het wetsvoorstel personenvennootschappen heeft de wetgever in art. 7:813 Ontwerp BW een bijzondere regeling getroffen voor de opdracht gegeven aan de vennootschap. Alvorens deze te bespreken, volgen enkele opmerkingen over het wetsvoorstel personenvennootschappen.

Het begrip 'maatschap' komt in het wetsvoorstel niet meer terug. Het wetsvoorstel spreekt louter over 'vennootschap'.[27] De grondvorm van deze nieuwe personenvennootschap, onder welke regeling ook de 'oude' maatschap valt, wijkt niet sterk af van de huidige maatschap. Die grondvorm wordt omschreven in art. 7:800 Ontwerp BW:

> 'De vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten.'[28]

Het wetsvoorstel maakt vervolgens een onderscheid tussen de stille en de openbare vennootschap. De openbare vennootschap is op grond van art. 7:801 lid 1 Ontwerp BW:

> '(…) de vennootschap tot het uitoefenen van een beroep op bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen, die op een voor derden duidelijk

26 Zie art. 7:400 lid 2 BW.

27 In het eerste wetsvoorstel, MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 8, had de wetgever de term 'maatschap' gereserveerd voor deze stille vennootschap. In de Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 10, is de term 'maatschap' alsnog geheel geschrapt. Per abuis vinden we de term 'maatschap', nog wel in het laatste Gewijzigd Voorstel van Wet, *Kamerstukken I* 2004/05, 28 746, A, p. 4, in art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW.

28 In de Parlementaire Geschiedenis, MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 3, lezen we: 'Met de term «vennootschap» wordt ook in deze titel in de eerste plaats gedoeld op een overeenkomst: zoals ook in de omschrijving van artikel 800 tot uitdrukking wordt gebracht, is de vennootschap een overeenkomst tot samenwerking. Daarmee strookt dat de regeling met betrekking tot de vennootschap is opgenomen in Boek 7. Met deze overeenkomst wordt evenwel een rechtsfiguur, een rechtsbetrekking, in het leven geroepen, die zelf eveneens als «vennootschap» wordt aangeduid, en die, ook als zij geen rechtspersoon is, tot op zekere hoogte lijkt te worden gepersonifieerd en losgemaakt lijkt te zijn van de aan haar ten grondslag liggende overeenkomst.'

kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam.'

Voor de openbare vennootschap bestaat de mogelijkheid om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen. De stille vennootschap is de vennootschap die niet onder gemeenschappelijke naam naar buiten treedt.[29] In tegenstelling tot de huidige regeling voor de maatschap en de VOF, lijkt het onderscheid tussen beroep en bedrijf derhalve niet meer bepalend te zijn voor de kwalificatie van de rechtsvorm.[30] De Minister rechtvaardigt de afschaffing van dit onderscheid door te wijzen op de vervaging van het onderscheid in de praktijk.[31]

5.2 Aansprakelijkheid van de vennoten onder toekomstig recht

Voor de stille vennootschap geldt voor wat betreft de verbondenheid van de vennoten, op grond van art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW, nog steeds de hoofdregel van (kwalitatieve) verbondenheid voor gelijke delen. Dit is slechts anders wanneer sprake is van een ondeelbare prestatie of anders is bepaald in de overeenkomst.[32]

Voor wat betreft de verbondenheid in de openbare vennootschap bepaalt art. 7:813 lid 1 Ontwerp BW:

'De vennoten van een openbare vennootschap zijn hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.'

Voor de vennoten van een openbare vennootschap gaat derhalve hoofdelijke aansprakelijkheid gelden, die onder het huidige recht alleen voor de vennoten van een VOF geldt. Dit lijkt – met name voor de onder de huidige regeling als maatschap opererende beroepsbeoefenaren – een behoorlijke vergroting

29 Zie art. 7:801 lid 2 Ontwerp BW dat de stille vennootschap negatief definieert als niet zijnde een openbare vennootschap.

30 De commanditaire vennootschap is in het onderhavige systeem een *species* van de openbare vennootschap en wordt geregeld in de art. 7:836 en 7:837 Ontwerp BW.

31 In de Parlementaire Geschiedenis lezen we het volgende: 'Van oudsher heeft men het onderscheid tussen beroep en bedrijf hierin gezocht dat bij het uitoefenen van een beroep de nadruk ligt op het persoonlijk karakter van de werkzaamheden, zoals het geval is bij bijvoorbeeld artsen, advocaten, belastingadviseurs e.d., terwijl bij het uitoefenen van een bedrijf veeleer het commerciële karakter en de gerichtheid op winst op de voorgrond staan. Er zijn echter in de praktijk grensgevallen, waarin dit criterium geen duidelijk antwoord geeft, terwijl ook afgezien hiervan de grenzen tussen beroep en bedrijf vervagen; zie omtrent een en ander Asser/Maeijer 5-V, nr 19.' Zie MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 8.

32 Zie art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW dat bepaalt: 'De vennoten van een stille vennootschap zijn voor de verbintenissen van de maatschap die een deelbare prestatie betreffen, ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij in de overeenkomst met de derde is bepaald dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.'

van de aansprakelijkheid van de afzonderlijke maten. Naar huidig recht zijn de maten in maatschapsverband immers in beginsel slechts voor gelijke delen verbonden, terwijl dezelfde maten onder het komende recht – als vennoot van een openbare vennootschap – hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden van de vennootschap. Volgens de Minister is deze aanpassing gepast omdat, vanwege de eerder genoemde gesignaleerde vervaging tussen de begrippen beroep en bedrijf, geen voldoende rechtvaardiging meer bestaat voor een onderscheid op het punt van aansprakelijkheid tussen de beroeps- en de bedrijfsbeoefenaren.[33]

Naar aanleiding van het op handen zijnde wetsvoorstel, is bij beroepsbeoefenaren die in een maatschap opereren, vrees voor de voorgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaan. Veel notaris- en advocatenkantoren die tot voor kort in maatschapsverband werden gedreven, zijn omgevormd tot kapitaalvennootschappen. De verschuiving van verbondenheid voor gelijke delen naar hoofdelijke aansprakelijkheid ten spijt, kan mijns inziens niet in zijn algemeenheid worden gesteld dat hierdoor onder het komend recht per definitie sprake is van een vergroting van de aansprakelijkheid. In veel gevallen zal voor de vennoten van de openbare vennootschap de aansprakelijkheid juist in het geheel niet aanwezig zijn door de disculpatiemogelijkheid ex art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW.[34]

Het tweede lid van art. 7:813 Ontwerp BW sluit aan bij de disculpatiemogelijkheid van het hierboven reeds besproken art. 7:407 lid 2 BW. In het geval dat een openbare vennootschap geen rechtspersoon is, geldt op grond van art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW eenzelfde regeling als in art. 7:407 lid 2 BW:

> 'Indien een openbare vennootschap een opdracht heeft ontvangen, is ieder van de vennoten voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, *tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend*.' (curs. toegevoegd)

Onder het huidige recht blijven de vennoten ondanks de disculpatiemogelijkheid op grond van art. 7:407 lid 2 BW voor de contractuele aansprakelijkheid, nog *wel* ieder aansprakelijk (zij het voor gelijke delen) in hun hoedanigheid als maat van de maatschap (kwalitatieve aansprakelijkheid), terwijl onder het komend recht de aansprakelijkheid *in het geheel* (zowel de contractuele als de

33 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 8 en Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 15.

34 Zie J.B. Huizink, 'Vertegenwoordiging door en aansprakelijkheid van vennoten', *WPNR* 2003 (6524), p. 233.

kwalitatieve) komt te vervallen in het geval dat de tekortkoming niet is toe te rekenen aan de desbetreffende vennoten.[35]

5.3 Aansprakelijkheid uit opdracht en samenloop na invoering van het wetsvoorstel personenvennootschappen

De vraag rijst hoe het hierboven besproken art. 7:407 BW (regeling aansprakelijkheid bij de overeenkomst van opdracht) zich verhoudt tot art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW (regeling aansprakelijkheid bij opdracht aan een vennootschap). In de losbladige Kluwer staat over de verhouding tussen art. 7:407 BW en art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW het volgende:[36]

> 'Aan de neiging om art. 7:407 te beschouwen als een lex specialis ten opzichte van de algemene regel van art. 7:813 ontwerp BW (…) moet weerstand worden geboden. Indien twee van de drie maten[37] een overeenkomst van opdracht sluiten, zijn niet alleen die beide maten maar ook de derde maat hoofdelijk gebonden. De betekenis van art. 7:407 BW is dus beperkt tot het geval, dat enkele personen, die samen een overeenkomst van opdracht sluiten, zelf niet in een maatschap met elkaar zijn verbonden.'

Over de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid stelt de Minister expliciet:[38]

> 'Ofschoon bij een vennootschap die rechtspersoon is, het de rechtspersoon is en niet de gezamenlijke vennoten die de opdracht heeft ontvangen, ligt het voor de hand (…) eenzelfde regel te aanvaarden. De voorgestelde dwingendrechtelijke regel prevaleert boven de bepaling van artikel 7:407 lid 2 (zie ook artikel 7:400 lid 2).'

Hamers leidt hieruit af dat de artikelen 7:404 BW (persoonlijke uitvoering door opdrachtnemer) en 7:407 BW (hoofdelijkheid van meerdere opdrachtnemers, tenzij niet toerekenbaar) niet langer van toepassing zijn op de situatie waarin een openbare personenvennootschap optreedt als opdrachtnemer.[39] Voor de verbondenheid zal uitsluitend art. 7:813 Ontwerp BW gelden. Het is de vraag of in deze situatie de overige bepalingen uit de huidige regeling van de overeenkomst van opdracht ook niet van toepassing moeten worden geacht.

---

35 Overigens is hier een kanttekening met betrekking tot de bewijslast op zijn plaats. Deze rust op de schouders van de vennoot die zich wil disculperen en die zich in een mogelijk lastig parket bevindt voor wat betreft het aantonen van de niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming.

36 *Personenassociaties I* (W.J. Slagter), § 4, aant. 1 (losbl.).

37 Lees: vennoten. In een eerder voorstel ging men nog uit van de term 'maatschap' (zie noot 28). Noot niet in origineel.

38 MvT, *Kamerstukken II*, 2002–03, 28 746, nr. 3, p. 19.

39 Zie Hamers & Van Vliet 2005, p. 99, i.h.b. noot 164.

Bovendien is het ook de vraag of de mogelijkheid van samenloop eveneens voor de stille vennootschap wordt uitgesloten. Op grond van bovenstaande redenering voor de openbare vennootschap lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de ontwerpregeling ook in deze situatie prevaleert boven de regeling van de overeenkomst van opdracht. De Minister stelt echter dat art. 7:407 BW in geval van een stille vennootschap *wel* van toepassing blijft.[40] Naast hoofdelijke aansprakelijkheid volgend uit de hoedanigheid als opdrachtnemer op grond van art. 7:407 BW, blijft mijns inziens tegelijkertijd aansprakelijkheid bestaan voor de vennoot in zijn hoedanigheid als vennoot van de stille vennootschap op grond van art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW, zij het in beginsel voor gelijke delen. Deze samenloop is op grond van art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW uitgesloten voor de opdracht bij een openbare vennootschap.

Overigens moet men zich wel realiseren dat een opdrachtgever in geval van een tekortkoming, (het vermogen van) de vennootschap kan aanspreken. Ook kan de vennoot die de door een derde geleden schade heeft voldaan, een regresvordering jegens de vennootschap instellen. Zo zullen de overige vennoten, ondanks het feit dat ze niet hoofdelijk aansprakelijk zijn ten opzichte van de derde, wel bijdragen in de te vergoeden schade, met de kanttekening dat het antwoord op de vraag of de vennoot de door hem betaalde schadevergoeding uit het vennootschapsvermogen terug kan krijgen, afhankelijk is van de vraag of de tekortkoming 'in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een gedraging van' de vennootschap zelf.[41]

Uit de voorgestelde formulering van art. 7:813 Ontwerp BW volgt nóg een eigenaardigheid. Wat opvalt bij vergelijking van art. 7:813 lid 1 en lid 2 Ontwerp BW, die betrekking hebben op de openbare vennootschap, met lid 3 van art. 7:813 Ontwerp BW, dat betrekking heeft op de stille vennootschap, is dat bij de stille vennootschap een mogelijkheid tot disculpatie van de kwalitatieve aansprakelijkheid ontbreekt.[42] Voor de openbare vennootschap wordt deze mogelijkheid wel geboden in het tweede lid van dit artikel. Tezamen met het feit dat samenloop tussen art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW en art. 7:407 BW mogelijk is, brengt dit de volgende curieuze consequentie met zich mee. De vennoten van een stille vennootschap kunnen in hun hoedanigheid als opdrachtnemers op grond van art. 7:407 lid 2 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn. Maar zij hebben

40 MvA, *Kamerstukken I*, 2005/06, 28 746, C, p. 14.

41 Vgl. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, nr. 34 (Kleuterschool Babbel).

42 Art. 7:813 Ontwerp BW bepaalt:
1. De vennoten van een openbare vennootschap zijn hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.
2. Indien een openbare vennootschap een opdracht heeft ontvangen, is ieder van de vennoten voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.
3. De vennoten van een stille vennootschap zijn voor de verbintenissen van de stille vennootschap die een deelbare prestatie betreffen, ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij in de overeenkomst met de derde is bepaald dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.

de mogelijkheid om een beroep te doen op de disculpatiemogelijkheid van 7:407 lid 2 *in fine* BW. Indien dit beroep slaagt – omdat de tekortkoming in de nakoming niet aan hen kan worden toegerekend – ontstaat echter de situatie dat voor deze stille vennoten aansprakelijkheid, zij het voor gelijke delen, blijft bestaan op grond van hun hoedanigheid als vennoten in de stille vennootschap (art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW).

Zoals eerder besproken, zijn op grond van art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW alle vennoten van een stille vennootschap voor de verbintenissen van de vennootschap voor gelijke delen aansprakelijk, *tenzij* het een ondeelbare prestatie betreft of in de overeenkomst met de derde anders is bepaald (kwalitatieve aansprakelijkheid). Indien sprake is van een prestatie die ondeelbaar is, geldt zoals gezien in par. 2.3 een hoofdelijke verbondenheid.[43] De Minister komt met betrekking tot de contractuele aansprakelijkheid tot de conclusie dat indien een overeenkomst van opdracht is aangegaan door de stille vennootschap, *alle* vennoten van de stille vennootschap *hoofdelijk* aansprakelijk zijn. Hij gaat ervan uit dat de overeenkomst tot opdracht doorgaans een ondeelbare prestatie inhoudt.[44] Ik kom hier hieronder op terug.

Niet juist is mijns inziens de stelling van de Minister dat wanneer er sprake is van een ondeelbare prestatie, art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW niet van toepassing is.[45] Volgens de Minister valt de kwalitatieve aansprakelijkheid bij een ondeelbare prestatie in het geheel weg. Onduidelijk is waarom de Minster niet verder kijkt naar de kwalitatieve aansprakelijkheid volgend uit de hoedanigheid van vennoot, maar slechts de contractuele aansprakelijkheid volgend uit de overeenkomst van opdracht, bekijkt. Nu er sprake is van een ondeelbare prestatie, zouden mijns inziens de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn uit hoofde van hun hoedanigheid als vennoot. In de visie van de Minister zou men in het geval dat er sprake is van een ondeelbare prestatie die door de stille vennootschap aan een derde moet worden geleverd tot de niet voor de hand liggende conclusie moeten komen dat de vennoten, in hun hoedanigheid als stille vennoot, in het geheel niet aansprakelijk zijn: slechts de stille vennootschap kan worden aangesproken.

Nu volgens de Minister voor wat betreft de overeenkomst van opdracht, welke is aangegaan door de stille vennootschap, *alle* afzonderlijke vennoten van deze stille vennootschap *hoofdelijk* aansprakelijk zijn, worden deze vennoten voor het volgende probleem gesteld. Voor de vennoten van de stille vennootschap ontbreekt namelijk een disculpatiemogelijkheid om te ontkomen aan deze op art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW jo. art. 6:6 lid 2 BW gebaseerde hoofdelijke aansprakelijkheid; een mogelijkheid die wel wordt geboden voor de vennoten van een openbare vennootschap. Hooguit zou de vennoot van een stille vennootschap die niet tot het 'team' van de uitvoerende vennoten behoort,

43 Zie art. 6:6 lid 2 BW.
44 Zie MvA, *Kamerstukken I*, 2005/06, 28 746, C, p. 13.
45 MvA, *Kamerstukken I*, 2005/06, 28 746, C, p. 13-14.

zich analoog kunnen beroepen op art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW of op art. 7:407 lid 2 *in fine* BW.

Dat de Minister van de ondeelbaarheid van de prestatie volgend uit een overeenkomst van opdracht door een stille vennootschap uitgaat, is opmerkelijk. Een opdracht kan wel degelijk een deelbare prestatie inhouden,[46] waardoor op grond van de tekst van 7:813 lid 3 Ontwerp BW een aansprakelijkheid voor gelijke delen ontstaat. Aldus ontstaat – behalve een onverklaarbare discrepantie in de regelingen voor de openbare en de stille vennootschap – onduidelijkheid omtrent het van toepassing zijnde aansprakelijkheidsregime. Een onduidelijkheid die door de afschaffing van het onderscheid tussen beroep en bedrijf juist zou moeten worden weggenomen.

Bovendien valt het te betreuren dat in de 'allesomvattende' regeling zoals de Minister die voor ogen staat, voor wat betreft de stille vennootschap teruggegrepen moet worden op de regeling ten aanzien van de opdracht. Mijns inziens kan art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW zonder problemen ook van toepassing worden verklaard op de stille vennootschap. Het verwijderen van het woord 'openbare' in het tweede lid volstaat hiertoe.

6 Conclusie

Indien een maatschap naar huidig recht een overeenkomst van opdracht aangaat, is de maatschap als geheel verbonden tegenover de opdrachtgever. Wanneer naar huidig recht een opdracht wordt gegeven aan twee of meer maten van een maatschap, zijn deze maten in beginsel ieder hoofdelijk verbonden jegens de opdrachtgever op grond van art. 7:407 lid 2 BW. In geval de overeenkomst van opdracht niet tussen opdrachtgever en de desbetreffende maten wordt gesloten, maar tussen de opdrachtgever en de maatschap, zijn in beginsel naast de maatschap, de maten die de opdracht moeten uitvoeren hoofdelijk verbonden jegens de opdrachtgever. Voor de overige maten bestaat in beginsel een verbondenheid voor gelijke delen ten opzichte van de opdrachtgever.

Naar komend recht wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen de maatschap en een VOF. Voor de vennoten van een openbare vennootschap, die onder het huidige recht nog samenwerken in een maatschap, gaat hoofdelijke aansprakelijkheid gelden.

---

46 Zie Asser/Hartkamp 4-I (2000), nr. 98: 'Ondeelbaar zijn de *verbintenissen om te doen* waar de prestatie ondeelbaar is omdat zij niet kan worden verdeeld in een aantal prestaties die alleen kwantitatief en niet kwalitatief van het geheel verschillen. Zo'n verdeling is wel mogelijk bij een verplichting tot het planten van vijftig fruitbomen of het werken als bordenwasser gedurende de zomer. Ondeelbaar zijn in ieder geval de prestaties op intellectueel of artistiek terrein, zoals het schilderen van een portret of het houden van een lezing'.

Voorts heeft de wetgever in het wetsvoorstel personenvennootschappen een bijzondere regeling getroffen voor de opdracht aan een openbare vennootschap. Ook bij de opdracht van een derde aan (de vennoten van) een openbare vennootschap geldt naast aansprakelijkheid van de vennootschap, hoofdelijke aansprakelijkheid voor de individuele vennoten ten aanzien van die derde, *tenzij* de tekortkoming niet aan hen kan worden toegerekend. In veel gevallen zal door deze disculpatiemogelijkheid de hoofdelijke aansprakelijkheid derhalve in het geheel niet meer aanwezig zijn. Art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW, waarin deze regeling met betrekking tot de aansprakelijkheid bij opdracht aan de vennootschap is geregeld, prevaleert boven de in art. 7:407 BW neergelegde regeling ten aanzien van de aansprakelijkheid bij de overeenkomst van opdracht, waardoor samenloop van de regeling van opdracht en de regeling voor de openbare vennootschap niet zal voorkomen: voor de aansprakelijkheid zal uitsluitend art. 7:813 Ontwerp BW gelden. Of ook de overige bepalingen uit de huidige regeling van de overeenkomst van opdracht niet meer van toepassing moeten worden geacht, is echter onduidelijk.

De in art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW neergelegde regeling (disculpatiemogelijkheid) geldt niet voor de stille vennootschap, waardoor samenloop met de opdracht-regeling bij de stille vennootschap zoals neergelegd in art. 7:407 BW nog steeds mogelijk is. Op grond van art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW zijn alle vennoten van een stille vennootschap voor gelijke delen aansprakelijk voor verbintenissen van de stille vennootschap, tenzij het een ondeelbare prestatie betreft. Nu volgens de Minister in het gros van de gevallen dat een opdracht wordt aangegaan, sprake is van een ondeelbare prestatie, zullen de vennoten van een stille vennootschap in beginsel steeds hoofdelijk verbonden zijn jegens de opdrachtgever, echter zonder dat voor hen een mogelijkheid tot disculpatie bestaat. De opdrachtnemer is derhalve in zijn hoedanigheid als stille vennoot hoofdelijk aansprakelijk ex art. 7:813 lid 3 Ontwerp BW, zonder dat de disculpatiemogelijkheid van art. 7:407 lid 2 BW voor contractuele aansprakelijkheid hieraan afbreuk kan doen. Ondanks het feit dat de vennoot van een stille vennootschap zichzelf kan disculperen voor contractuele aansprakelijkheid wegens een tekortkoming jegens een derde, blijft hij in zijn hoedanigheid van vennoot hoofdelijk aansprakelijk (kwalitatieve aansprakelijkheid). Daar waar vennoten van een openbare vennootschap *volledig* gedisculpeerd kunnen worden van hun aansprakelijkheid uit hoofde van hun hoedanigheid als vennoot, kent de regeling voor stille vennoten geen vergelijkbare ontsnappingsmogelijkheid in het voorgestelde art. 7:813 Ontwerp BW.

Mijns inziens ontstaat onder het voorgestelde komend recht aldus een onverklaarbaar en niet wenselijk verschil tussen de stille vennootschap – waar de vennoten in beginsel voor gelijke delen jegens derden verbonden raken – en de openbare vennootschap – waar hoofdelijkheid het uitgangspunt is. Een verschil in verbondenheid kan, gezien de verschillende aard van de stille en open vennootschap, weliswaar gewenst zijn, maar het feit dat vennoten van een openbare vennootschap zich voor wat betreft hun kwalitatieve aan-

sprakelijkheid kunnen disculperen en vennoten van een stille vennootschap niet, ligt niet in de lijn der verwachtingen. Derhalve moet art. 7:813 lid 2 Ontwerp BW ook van toepassing worden verklaard op de stille vennootschap. Het verwijderen van het woord 'openbare' in het tweede lid volstaat hiertoe. Hiermee wordt de beoogde uniforme regeling beter bewaarheid.

DEEL III

Overige gevallen van samenloop in het civielrecht

8 Contract, delict en IPR

M.V. Polak[■]

1 EEN EENVOUDIG GESCHIL

Eerst de feiten.

Een deel van de aandelen in Metrex BV is in handen van Chemconserve BV en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde rechtspersoon Reakt Ltd. Beide aandeelhouders onderhandelen met de in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde rechtspersoon Bus Berzelius Umwelt-Service AG over deelneming van Bus in Metrex. Terwijl Chemconserve en Reakt hoopvol zijn gestemd over de goede afloop van de contractsonderhandelingen, stuurt Bus vanuit haar Duitse hoofdkantoor een brief naar het hoofdkantoor van Chemconserve in Rijswijk met de mededeling dat zij de onderhandelingen beëindigt. Chemconserve en Reakt menen dat de handelwijze van Bus niet door de beugel kan en maken een geding aanhangig voor de rechtbank 's-Gravenhage waarin zij vergoeding van de door hen geleden schade vorderen.

Dan de mogelijke vragen, waarbij de feiten vanuit verschillende perspectieven kunnen worden bezien:

i Iedere civilist is gekwalificeerd om zich uit te spreken over de vraag hoe deze feiten – ontdaan van alle juridische dogmatiek en grensoverschrijdende aspecten – moeten worden beoordeeld. Was het afbreken van de onderhandelingen door Bus geoorloofd en, zo niet, tot welke sancties geeft haar handelwijze dan aanleiding?

ii De juridisch-dogmatisch geschoolde privatist ontwaart hier een mogelijk probleem van samenloop. Enerzijds lijkt er sprake te zijn van een contractueel geschil dat zich laat oplossen aan de hand van regels van contractenrecht, anderzijds vertoont de casus trekken van een delictueel geschil dat op basis van regels van onrechtmatigedaadsrecht kan worden beslecht. Vragen te over: (a) heeft dit dogmatische onderscheid in dit geval praktische gevolgen?, (b) zo ja, moet hier dan een keuze worden gemaakt?, en (c) zo ja, door wie moet deze keuze worden gemaakt?

■ M.V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking, Universiteit Leiden; advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te 's-Gravenhage; en lid van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht.

iii De in het internationaal privaatrecht geverseerde jurist wordt geprikkeld door de grensoverschrijdende aspecten van het geschil en stelt zich twee vragen: (a) is de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot schadevergoeding die Chemconserve en Reakt tegen Bus hebben ingesteld?, en (b) aangenomen dat de rechtbank 's-Gravenhage zich inderdaad bevoegd acht, welk recht dient zij dan toe te passen op de vordering van Chemconserve en Reakt?

Een handvol feiten, drie perspectieven en een reeks vragen. Over ieder aspect kan lang worden gesteggeld. De hiervoor geschetste casus heeft Chemconserve, Reakt en Bus alsmede hun advocaten jarenlang beziggehouden, met dien verstande dat de in de *Nederlandse Jurisprudentie* gepubliceerde procedure ten overstaan van rechtbank, hof en Hoge Raad uitsluitend betrekking had op de vraag naar de bevoegdheid van de rechtbank 's-Gravenhage.[1] Bovendien kwam het element van samenloop daarbij niet goed uit de verf, omdat de procespartijen en de feitenrechters zich eendrachtig hadden geconcentreerd op de delictuele aansprakelijkheid van Bus en de mogelijk relevante contractuele aspecten van de zaak terzijde hadden gelaten. In cassatie moest de Hoge Raad dan ook uitgaan van een louter op onrechtmatige daad gebaseerde vordering.[2]

In deze bijdrage staat weer een ander – vierde – perspectief centraal. Ik wil onderzoeken hoe het internationaal privaatrecht (hierna aangeduid als 'IPR') omgaat met kwesties van samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen, zoals in de hiervoor geschetste casus. Welke problemen dienen zich aan en op welke wijze worden zij opgelost?

Ik begin met een schets van de oorzaak van alle problemen: de grofmazige systematiek van het IPR (zie par. 2). Vervolgens ga ik kort in op het leerstuk van de kwalificatie, dat in dit verband een belangrijke rol speelt (zie par. 3). Daarna wordt het tijd voor enkele concrete uitwerkingen, zowel op het terrein van het formele IPR als op het terrein van het materiële IPR (zie paragrafen 4 en 5). Ik rond af met enkele conclusies en aanbevelingen (zie par. 6).

2 De grofmazige systematiek van het IPR

Kenmerkend voor het IPR is zijn enigszins grofmazige systematiek. Kwesties van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging worden in beginsel niet van-geval-tot-geval op basis van een waardering van alle omstandigheden afgedaan. Integendeel: het IPR tracht iedere casus

1 Zie HR 21 september 2001, *NJ* 2002, 254, m.nt. ThMdB (BUS/Chemconserve c.s.).

2 Zie, over deze cassatietechnische aspecten, M.V. Polak, 'De Juiste Visie?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2005, p. 1123-1124 (bijdrage voor rubriek De Redactie Privaat). Zie, voor een reactie, J.K. Franx, ''Verstaat gij wat gij leest?' (Hand. 8:31)', *NIPR* 2007, p. 2.

onder te brengen in een rechtscategorie, om vervolgens de bij de relevante rechtscategorie behorende regels inzake rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging ter hand te nemen. Het IPR kan worden gezien als een ladekast, waarbij iedere lade (i) staat voor een rechtscategorie – bijvoorbeeld 'overeenkomst' of 'onrechtmatige daad' – en (ii) de voor de desbetreffende rechtscategorie relevante IPR-regels bevat. De beslissing om een casus onder te brengen in de rechtscategorie 'overeenkomst' dan wel de rechtscategorie 'onrechtmatige daad' – het in par. 3 te bespreken proces van kwalificatie – heeft dan ook verstrekkende gevolgen. Zo is het in theorie denkbaar dat de Nederlandse rechter wél bevoegd is om kennis te nemen van een geschil dat 'contractueel' heet te zijn, terwijl hem geen bevoegdheid toekomt ten aanzien van de 'delictuele' aspecten van hetzelfde geschil. Evenzo is het mogelijk dat de kwalificatie van aspecten van een casus als 'contract' dan wel 'delict' meebrengt dat daarop Engels respectievelijk Duits recht van toepassing is.

Deze grofmazigheid van het IPR heeft voor- en nadelen. Vóór grofmazigheid pleiten de daaruit voortvloeiende hanteerbaarheid en voorspelbaarheid van het IPR. Kwesties van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging zijn typisch prealabele, niet-inhoudelijke aspecten van een zaak die partijen, hun advocaten en de rechter zo min mogelijk tijd en geld mogen kosten. Zo bezien verdient het aanbeveling om deze kwesties af te doen aan de hand van een beperkte hoeveelheid rechtscategorieën met bijbehorende IPR-regels en niet per geval de concrete omstandigheden de doorslag te laten geven. Pleitbezorgers van een IPR dat in de sleutel van de hanteerbaarheid en de voorspelbaarheid is gezet, moeten echter erkennen dat zulks ten koste kan gaan van de flexibiliteit en de *Einzelfallgerechtigkeit*. Een grofmazig IPR concentreert zich op enkele aspecten van een concrete zaak en laat de overige details buiten beschouwing, ook als dit in voorkomend geval tot een weinig voor de hand liggende oplossing leidt.

Ik erken direct dat deze schets van het IPR zelf ook tamelijk grof is. Het IPR is de afgelopen decennia in diverse opzichten fijnmaziger geworden. Zo is het aantal rechtscategorieën op basis waarvan het IPR functioneert, sterk toegenomen. Bestond er honderd jaar geleden één categorie 'overeenkomst', het huidige IPR differentieert in sterke mate en onderscheidt tussen, bijvoorbeeld, 'consumentenovereenkomst', 'arbeidsovereenkomst' en 'verzekeringsovereenkomst'. Met andere woorden: de ladekast van het IPR bestaat niet meer uit enkele grote laden ten behoeve van ruim gedefinieerde rechtscategorieën, maar uit een samenstel van grotere en kleinere laatjes ten behoeve van beperkter omschreven rechtscategorieën. Een tweede vorm van rechtsverfijning die is aanvaard, betreft de in par. 5.2 te bespreken figuur van de verwijzingsregel die juist beslissende betekenis toekent aan 'het geheel der omstandigheden'. Het toepasselijke recht wordt dan niet meer bepaald op grond van een enkel aspect van de concrete zaak, maar aan de hand van alle omstandigheden. Ten slotte gaat er een verfijnende invloed uit van het leerstuk van de voorrangs-

regels. Voorschriften van semi-publiekrechtelijke aard onttrekken zich aan het grofmazige systeem van rechtscategorieën en verwijzingsregels en bepalen ieder voor zichzelf – op grond van hun eigen expliciete of impliciete scope rule – in welke gevallen zij van toepassing zijn.

Deze rechtsverfijningen ten spijt heeft het huidige IPR nog steeds een overwegend grofmazige systematiek. De kwalificatie van (aspecten van) een geschil als 'contractueel' dan wel 'delictueel' kan beslissende betekenis hebben voor kwesties van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging. Alvorens deze stelling aan de hand van enkele concrete voorbeelden van samenloop toe te lichten (zie paragrafen 4 en 5) ga ik kort in op het leerstuk van de kwalificatie (zie par. 3).

3 KWALIFICATIE

Over het leerstuk van de kwalificatie in het IPR valt veel te zeggen, en dat is dan ook in ruime mate gedaan.[3] In essentie betreft kwalificatie de juridische etikettering van feiten, die nodig is om de juiste IPR-regels inzake rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging ter hand te kunnen nemen. Uit de in par. 2 gegeven schets van de systematiek van het IPR volgt dat deze etikettering geschiedt tegen de achtergrond van een indeling van het privaatrecht in rechtscategorieën. In het voorbeeld van de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus: is er sprake van 'contract' of van 'delict' voor wat de toepassing van de regels van IPR betreft?

De regels van het huidige IPR zijn voor een belangrijk deel te vinden in supranationale instrumenten: verdragen en verordeningen. Twee van dergelijke instrumenten – het EEX[4] en het EVO[5] – komen in de paragrafen 4 en 5 nog ter sprake. In het kader van het leerstuk van de kwalificatie is het van belang om voor ogen te houden dat begrippen in verordeningen en verdragen in de regel autonoom moeten worden geïnterpreteerd. Met andere woorden: indien moet worden beslist of supranationale regels van IPR die, naar eigen zeggen, betrekking hebben op 'overeenkomst' of 'onrechtmatige daad', kunnen worden toegepast op de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus, dient de kwalificatie van de feiten plaats te vinden in het licht van autonome begrippen

3 Zie, voor een beknopt overzicht, L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 43-50.

4 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*Pb EG* 2001, L 12/1).

5 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome, 19 juni 1980 (*Pb EG* 1980, L 266/1), *Trb.* 1980, 156.

'overeenkomst' respectievelijk 'onrechtmatige daad'. De nationaal-Nederlandse opvatting van deze rechtsfiguren is in dit kader niet van belang.[6]

Omdat de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus betrekking heeft op afgebroken onderhandelingen en daaruit voortvloeiende schade, vermeld ik volledigheidshalve dat het Hof van Justitie in het kader van de autonome interpretatie van het EEX heeft geoordeeld dat een schadevergoedingsvordering wegens het ongeoorloofd afbreken van contractsonderhandelingen moet worden aangemerkt als een vordering 'ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad' in de zin van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX.[7] Maar daarmee is nog lang niet alles gezegd. Zo is het mijns inziens relevant dat er in de aan het Hof voorgelegde casus geen rechtstreekse contractsonderhandelingen tussen eiser en gedaagde hadden plaatsgevonden, waardoor een contractuele kwalificatie van hun geschil niet voor de hand lag.[8] Evenmin was het Hof in deze zaak gevraagd om zich uit te spreken over complicaties op het vlak van samenloop van contractuele en delictuele aanspraken.[9]

Terug naar het leerstuk van de kwalificatie. Waar supranationale instrumenten ontbreken, dient het nationaal-Nederlandse IPR te worden toegepast. Twee nationaal-Nederlandse regimes – het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de WCOD[10] – komen in de paragrafen 4 en 5 nog aan bod. Bij de toepassing van dergelijke regimes geschiedt de kwalificatie van de feiten aan de hand van het nationaal-Nederlandse recht, de zogenaamde lex fori. Theorieën over kwalificatie aan de hand van het (uiteindelijk) toepasselijke recht dan wel aan de hand van een rechtsvergelijkend begrippenkader hebben in Nederland geen vaste voet gekregen.[11] De Nederlandse begrippen 'contract' en 'delict' zijn dus maatgevend bij de kwalificatie van feiten ten behoeve van de toepassing van nationaal-Nederlandse regels van IPR.

4 SAMENLOOP IN HET FORMELE IPR

In het formele IPR – in deze bijdrage beperkt tot de regels inzake rechterlijke bevoegdheid van het EEX en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – kan samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderin-

6 Zie bijvoorbeeld, ten aanzien van 'verbintenissen uit overeenkomst' (art. 5 aanhef en onder 1 EEX), HvJ EG 22 maart 1983, zaak 34/82, *Jur.* 1983, p. 987 (Peters/ZNAV), *NJ* 1983, 644, m.nt. JCS, r.o. 9-10. Zie bijvoorbeeld, ten aanzien van 'verbintenissen uit onrechtmatige daad' (art. 5 aanhef en onder 3 EEX), HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 16.

7 Zie HvJ EG 17 september 2002, zaak C-334/00, *Jur.* 2002, p. I-7357 (Tacconi/HWS), *NJ* 2003, 46, m.nt. PV, r.o. 19-27.

8 Zie *idem*, r.o. 22-24.

9 Zie *idem*, r.o. 10-11.

10 Wet van 11 april 2001, *Stb.* 190, houdende regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad (Wet conflictenrecht onrechtmatige daad).

11 Zie Strikwerda 2005, nr. 48-50.

gen, zoals in de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus, problemen creëren.

Ik stel voorop dat deze vorm van samenloop geen problemen creëert indien eisers/verzoekers – hier: Chemconserve en Reakt – hun vordering tot schadevergoeding instellen bij de rechter van de vestigingsplaats van de gedaagde/verweerder – hier Bus. Aan de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder komt op grond van artikel 2 EEX bevoegdheid toe, ongeacht hoe de vordering van eiser/verzoeker is ingekleed: als een louter contractuele actie, als een louter delictuele actie dan wel als een primair contractuele/subsidiair delictuele actie. Artikel 2 EEX is enkel gebaseerd op de woonplaats van de gedaagde/verweerder in de forumstaat en abstraheert van de aard van de ingestelde vordering(en). Hetzelfde geldt voor artikel 2 Rv.

Ik ontwaar evenmin problemen van samenloop indien de vordering wordt ingesteld bij de rechter die bevoegd is op grond van een tussen partijen expliciet of impliciet overeengekomen forumkeuze, conform de hier relevante artikelen 23 respectievelijk 24 EEX dan wel de daarmee corresponderende artikelen 8 lid 1 respectievelijk 9 aanhef en onder a Rv. Wel kan debat plaatsvinden over de uitleg van de reikwijdte van de forumkeuze: bestrijkt deze processuele partijafspraak zowel de contractuele als de delictuele geschilpunten tussen partijen?

Notoir lastige problemen dienen zich aan bij de toepassing van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX dan wel de Nederlandse pendant daarvan: artikel 6 aanhef en onder a respectievelijk e Rv. Het betreft hier immers bevoegdheidsbepalingen die met zoveel woorden zijn geschreven voor procedures 'ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst' (artikel 5 aanhef en onder 1 EEX en artikel 6 aanhef en onder a Rv) respectievelijk 'ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad' (artikel 5 aanhef en onder 3 EEX en artikel 6 aanhef en onder e Rv). Hoe moeten deze bepalingen worden toegepast op een casus die zowel contractuele als delictuele trekken vertoont?

Bij de interpretatie van het EEX heeft het Hof van Justitie van meet af aan de zelfstandigheid van elk van beide bevoegdheidsbepalingen benadrukt. In de visie van het Hof is er zelfs sprake van twee elkaar uitsluitende begrippen:

> 'dat het begrip 'verbintenissen uit onrechtmatige daad' in de zin van artikel 5 sub 3 EEX moet worden beschouwd als een autonoom begrip, waaronder elke rechtsvordering valt die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een 'verbintenis uit overeenkomst' in de zin van artikel 5 sub 1'.[12]

12 HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 18. Zie tevens HvJ EG 26 maart 1992, zaak C-261/90, *Jur.* 1992, p. I-2149 (Reichert/Dresdner Bank), *NJ* 1996, 315, r.o. 16; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 22; HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-96/00, *Jur.* 2002, p. I-6367 (Gabriel), *NJ* 2004, 169, m.nt. PV, r.o. 33; HvJ EG 17 september 2002, zaak C-334/00,

Dit uitgangspunt van de zelfstandigheid van elk van beide bevoegdheidsbepalingen heeft het Hof vervolgens doorgetrokken naar de situatie van samenloop van contractuele en delictuele acties. Volgens het Hof moet worden aangenomen:

> 'dat een gerecht dat op grond van artikel 5 sub 3 bevoegd is om kennis te nemen van het onderdeel van een vordering dat op onrechtmatige daad is gebaseerd, niet bevoegd is om kennis te nemen van de andere onderdelen van de vordering, die een andere grondslag hebben dan onrechtmatige daad.'[13]

Met andere woorden: de EEX-bepalingen inzake contractuele en delictuele geschillen (artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3) leiden een zelfstandig bestaan en verzetten zich tegen objectieve cumulatie. De rechter die bevoegd is ten aanzien van een op contract gebaseerde vordering is niet tevens – op die grond – bevoegd om kennis te nemen van een op delict stoelende vordering, en vice versa. Voor enige nuancering van dit uitgangspunt lijkt de geciteerde overweging van het Hof geen ruimte te bieden. Waar het EEX elders evenmin een bevoegdheidsregel ten behoeve van een dergelijke vorm van objectieve cumulatie aanreikt, is de conclusie dan ook onontkoombaar: de enkele – al dan niet nauwe – samenhang tussen een contractuele en een delictuele vordering rechtvaardigt in het stelsel van het EEX niet hun gezamenlijke behandeling door één rechter.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat artikel 6 aanhef en onder 1 EEX uitsluitend ziet op subjectieve cumulatie, dat wil zeggen: in een geval van pluraliteit van gedaagden/verweerders onder bepaalde omstandigheden toestaat dat procedures worden geconcentreerd bij de rechter van de woonplaats van een van de gedaagden/verweerders.[14] In deze constellatie levert samenloop van contractuele en delictuele acties overigens soortgelijke problemen op. Immers, volgens het Hof van Justitie kan artikel 6 aanhef en onder 1 EEX niet worden ingezet om 'twee in het kader van eenzelfde schadevergoedingsactie tegen verschillende verweerders gerichte vorderingen, waarvan de ene is gebaseerd

---

Jur. 2002, p. I-7357 (Tacconi/HWS), *NJ* 2003, 46, m.nt. PV, r.o. 21; HvJ EG 1 oktober 2002, zaak C-167/00, *Jur.* 2002, p. I-8111 (VKI/Henkel), *NJ* 2005, 221, m.nt. PV, r.o. 36; HvJ EG 20 januari 2005, zaak C-27/02, *Jur.* 2005, p. I-481 (Engler/Janus Versand), *NJ* 2006, 389, m.nt. PV, r.o. 29.

13 HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 21. Zie tevens HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 49.

14 Zie HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 6-13; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 38-52; HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-539/03, *Jur.* 2006, p. I-6535 (Roche/Primus), *NIPR* 2006, 206, r.o. 18-41; HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-103/05, *Jur.* 2006, p. I-6827 (Reisch Montage/Kiesel), *NIPR* 2006, 297, r.o. 22-33.

op contractuele aansprakelijkheid en de andere op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad,'[15] te concentreren bij de rechter van de woonplaats van een van de gedaagden/verweerders. Op dit punt lijkt het Hof evenmin te willen weten van enige nuancering.

Het Hof van Justitie heeft zich overigens terdege gerealiseerd dat zijn interpretatie van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX ertoe kan leiden dat een zaak dient te worden gesplitst, waarbij het contractuele onderdeel van de vordering op grond van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX terecht komt bij de rechter van de ene EG-lidstaat en het delictuele onderdeel van de vordering op grond van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX bij de rechter van de andere EG-lidstaat belandt. De nadelen van een dergelijke splitsing kunnen volgens het Hof worden ondervangen doordat de eiser/verzoeker – gebruikmakend van het hiervoor genoemde artikel 2 EEX – alle onderdelen van zijn vordering voorlegt aan de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder.[16]

Voorts heeft het Hof van Justitie gesuggereerd dat de regeling van artikel 28 EEX inzake met elkaar samenhangende vorderingen die gelijktijdig aanhangig zijn – de zogenaamde connexiteitsregeling – hier uitkomst zou kunnen bieden. Deze regeling staat immers toe dat de rechter die als laatste wordt geadieerd, de bij hem ingestelde vordering verwijst naar de procedure die bij de eerst ingeschakelde rechter aanhangig is. Aldus zou alsnog het gehele geschil door één rechter kunnen worden beslecht.[17] In dit verband lijkt het Hof echter uit het oog te hebben verloren dat – volgens zijn eigen rechtspraak – artikel 28 EEX zelf geen bevoegdheidsgrondslag aanreikt.[18] De bevoegdheid van de eerst aangezochte rechter om van de naar hem te verwijzen vordering kennis te nemen, dient te berusten op een van de 'gewone' bases van het EEX: de artikelen 2-24. En uit de hiervoor aangehaalde passages volgt nu juist dat de bepalingen van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX aldus moeten worden geïnterpreteerd dat de rechter die bevoegd is ten aanzien van

15 HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 50.

16 Zie HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425 m.nt. JCS, r.o. 20; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 51.

17 Zie HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 20; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 51.

18 Zie HvJ EG 24 juni 1981, zaak 150/80, *Jur.* 1981, p. 1671 (Elefanten Schuh/Jacqmain), *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS, r.o. 19; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 39; HvJ EG 5 oktober 1999, zaak C-420/97, *Jur.* 1999, p. I-6747 (Leathertex/Bodetex), *NJ* 2001, 91, m.nt. PV, r.o. 38.

een contractueel geaarde vordering niet tevens – op die grond – bevoegd is om kennis te nemen van een op delict gebaseerde vordering, en vice versa.

Uiteraard is het niet uitgesloten dat de rechter die op grond van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX bevoegd is ten aanzien van een contractuele aanspraak zich ook mag buigen over een delictuele actie. Voorwaarde is dan wel dat deze laatste bevoegdheid in het concrete geval strookt met artikel 5 aanhef en onder 3 EEX.[19] Uitgangspunt is en blijft immers dat voor elk van beide vorderingen binnen het stelsel van artikel 5 EEX een eigen bevoegdheidsgrondslag met eigen voorwaarden geldt.[20]

Het vorenstaande betreft de interpretatie van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX, maar heeft ook betekenis voor de uitleg van artikel 6 aanhef en onder a respectievelijk e Rv. Immers, de wetgever heeft deze nationaal-Nederlandse bevoegdheidsbepalingen gemodelleerd naar het voorbeeld van het EEX en aanvaard dat bij de uitleg van deze bepalingen de rechtspraak van het Hof van Justitie 'een bron van inspiratie kan zijn'.[21]

Deze analyse toont aan dat samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen in het formele IPR tot problemen kan leiden. De bijzondere bevoegdheidsgrondslagen voor contractuele respectievelijk delictuele acties kennen elk hun eigen vereisten, wat ertoe kan leiden dat de ene rechter bevoegd is voor het contractuele onderdeel van de vordering en de andere rechter voor het delictuele onderdeel van de vordering. Bij gebreke van een specifiek voorschrift dat objectieve cumulatie van contractuele en delictuele vorderingen mogelijk maakt, zit er voor de eisers/verzoekers – hier: Chemconserve en Reakt – die zowel op grond van contract als op grond van delict wensen te ageren, soms niets anders op dan hun tweeledige actie voor te leggen aan de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder – hier: Bus.

5 SAMENLOOP IN HET MATERIËLE IPR

In deze paragraaf analyseer ik het materiële IPR – het geheel van regels en beginselen ter vaststelling van het toepasselijke recht, ook wel aangeduid als 'conflictenrecht' – met het oog op de vraag welke problemen op dit terrein voortvloeien uit samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen. Ook onderzoek ik welke oplossingen binnen het materiële IPR voorhanden zijn.

19 Zie HR 3 mei 2002, *NJ* 2005, 39, m.nt. PV (Spectra/Ziegler), r.o. 3.6.

20 Zie Conclusie A-G Strikwerda voor HR 3 mei 2002, *NJ* 2005, 39, m.nt. PV (Spectra/Ziegler), paragraaf 21.

21 MvT, *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 102.

5.1 Twee problemen

Het belangrijkste probleem dat samenloop in het materiële IPR veroorzaakt, betreft de vraag hoe een deels contractueel deels delictueel getinte casus – zoals het geschil tussen Chemconserve en Reakt enerzijds en Bus anderzijds – in het kader van de toepassing van regels van IPR moet worden behandeld. Is er sprake van één rechtsverhouding tussen partijen en dient het toepasselijke recht daarom te worden bepaald aan de hand van één regime – het EVO dan wel de WCOD – of moet deze rechtsverhouding worden gesplitst, waarna het toepasselijke recht voor het contractuele onderdeel aan de hand van het EVO wordt vastgesteld, en het toepasselijke recht voor het delictuele onderdeel met behulp van de WCOD wordt bepaald? Noch het EVO noch de WCOD geeft rechtstreeks antwoord op deze vraag.

Ik zou menen dat het nationaal-Nederlandse IPR in beginsel uitgaat van splitsing en zelfstandige aanknoping van elk onderdeel van een rechtsverhouding. Een belangrijke aanwijzing daarvoor is te vinden in artikel 5 WCOD, dat – bij wijze van uitzondering op de hoofdregel van zelfstandige aanknoping – voorziet in de mogelijkheid van zogenaamde accessoire aanknoping. Indien tussen dader en benadeelde niet alleen een delictuele rechtsverhouding, maar ook een andere rechtsverhouding bestaat of bestond, mag de rechter – zo bepaalt artikel 5 WCOD – het recht dat die andere rechtsverhouding beheerst, op de delictuele verbintenis toepassen. Met dit voorschrift heeft de wetgever – naar eigen zeggen – beoogd situaties van samenloop, met name samenloop van onrechtmatige daad en wanprestatie, te bestrijken.[22] Door de delictuele verbintenis aan te knopen bij de al bestaande (contractuele) relatie:

> 'wordt voorkomen dat het complex van rechtsvragen dat rijst of zou kunnen rijzen, aan de hand van verschillende rechtsstelsels moet worden beoordeeld. De eenheid van beslissing in internationale gevallen wordt zo bevorderd.'[23]

Van belang is dat artikel 5 WCOD de rechter een discretionaire bevoegdheid tot accessoire aanknoping toekent: er is sprake van een facultatieve bepaling. De rechter is vrij om het toepasselijke recht ten aanzien van de onrechtmatige daad te bepalen aan de hand van de 'gewone' verwijzingsregels, te vinden in de artikelen 3 en 4 WCOD.[24] De WCOD gaat derhalve uit van zelfstandige aanknoping van een delictuele rechtsverhouding – ook waar deze samenhangt met een andere rechtsverhouding tussen dezelfde partijen – terwijl accessoire

22 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 8; NV II, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 5, p. 10.
23 MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 8.
24 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 8-9; NV II, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 5, p. 10.

aanknoping op de voet van artikel 5 WCOD de uitzondering daarop vormt. Laatstgenoemde bepaling komt in par. 5.2 nog ter sprake.

Het uitgangspunt van zelfstandige aanknoping wordt eveneens gehuldigd in artikel 4 lid 2 Wet conflictenrecht zee-, binnenvaart- en luchtrecht.[25] Deze bepaling ziet op de zogenaamde parallelsprong in het vervoerrecht, waarbij de benadeelde een delictuele vordering instelt tegen zijn contractuele wederpartij en laatstgenoemde zich wenst te beroepen op een exoneratieclausule die is vervat in de exploitatie-overeenkomst met betrekking tot het schip. Op grond van artikel 4 lid 2 wordt de vraag of een uit onrechtmatige daad aangesproken partij zich kan beroepen op verweermiddelen die worden ontleend aan een exploitatie-overeenkomst, 'in de verhouding tussen twee partijen bij eenzelfde exploitatie-overeenkomst … beantwoord naar het recht dat op die overeenkomst van toepassing is'. De parlementaire geschiedenis verklaart:

> 'Dit recht, dat de contractuele normen die nu eenmaal tussen partijen gelden beheerst, is partijen bekend en zij dienen erop te kunnen vertrouwen dat ditzelfde recht beslist over de verweermiddelen tegen de buiten overeenkomst ingestelde vordering.'[26]

Hierbij is van belang dat artikel 4 lid 2 zich beperkt tot de kwestie van de doorwerking van de contractuele verweermiddelen in de delictuele rechtsverhouding en de zelfstandige aanknoping van laatstgenoemde rechtsverhouding overigens ongemoeid laat:

> 'De beantwoording van de vraag door welk recht de vordering buiten overeenkomst wordt beheerst, is overgelaten aan de algemene regels van het internationaal privaatrecht.'[27]

Aldus lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het nationaal-Nederlandse IPR uitgaat van zelfstandige aanknoping van elk onderdeel van een rechtsverhouding.

Voor supranationale IPR-instrumenten kan de situatie uiteraard anders liggen. Zo is denkbaar dat een verdrag of verordening op een bepaald terrein zowel de contractuele als de delictuele aspecten van een rechtsverhouding bestrijkt. Een dergelijk resultaat zal naar alle waarschijnlijkheid worden bereikt in het kader van de Europese codificatie van de verwijzingsregels inzake contractuele en niet-contractuele verbintenissen. Bij de omzetting van het EVO in de verordening Rome I en de opstelling van de verordening Rome II ten behoeve van niet-contractuele verbintenissen, wordt de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen in haar geheel ondergebracht bij de niet-contrac-

---

25 Wet van 18 maart 1993, *Stb.* 168, houdende enige bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht.

26 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 054, nr. 3, p. 9.

27 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 054, nr. 3, p. 9.

tuele verbintenissen van de verordening Rome II. Het laatst gepubliceerde voorstel voor de verordening Rome I inzake contractuele verbintenissen[28] bepaalt in artikel 1 aanhef en onder i dat dit instrument niet van toepassing is op 'de verplichtingen die voortvloeien uit een precontractuele relatie', terwijl de medio 2007 vastgestelde verordening Rome II inzake niet-contractuele verbintenissen[29] in artikel 12 een speciale verwijzingsregel met betrekking tot 'Precontractuele aansprakelijkheid' aanreikt.[30] Een en ander dient ertoe te leiden dat de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen in het kader van de verordeningen Rome I en Rome II wordt beschouwd als een louter delictuele kwestie waarvoor de verordening Rome II het toepasselijke recht bepaalt.[31] Beide verordeningen komen in par. 5.2 nog ter sprake.

In het huidige Nederlandse IPR ontbreekt een voorschrift dat de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen onder het bereik van één instrument brengt. Het hiervoor besproken uitgangspunt van zelfstandige aanknoping van de contractuele en de delictuele onderdelen van een rechtsverhouding brengt mee dat het EVO en de WCOD naast elkaar moeten worden toegepast: het EVO ten behoeve van de contractuele aanspraak en de WCOD ten behoeve van de delictuele aanspraak. In het voorbeeld van de casus: voorzover Chemconserve en Reakt uit contract ageren, dient het toepasselijke contractenrecht met behulp van het EVO te worden vastgesteld, voorzover de vordering van Chemconserve en Reakt op delict is gebaseerd, bepaalt de WCOD welk recht daarop van toepassing is.

Het tweede probleem ligt in het verlengde van het eerste. Indien het toepasselijke recht ten aanzien van een deels contractueel deels delictueel getinte casus niet wordt bepaald aan de hand van één IPR-instrument, maar aan de hand van twee of meer IPR-instrumenten, kan dat leiden tot de aanwijzing van één dan wel twee (of meer) materieelrechtelijke rechtsstelsels. In het voorbeeld van de casus: de contractuele aansprakelijkheid van Bus jegens Chemconserve en Reakt wordt (op grond van het EVO) beheerst door Engels recht; Bus'

28 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), document COM (2005) 650 def., d.d. 15 december 2005.

29 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('Rome II') (*Pb EG* 2007, L 199/40). Art. 32 bepaalt dat de verordening Rome II van toepassing is met ingang van 11 januari 2009, terwijl art. 31 de verordening Rome II van toepassing verklaart op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen na de inwerkingtreding van de verordening.

30 Punt 30 van de considerans van de verordening Rome II, *supra* noot 29, bepaalt onder meer: 'Precontractuele aansprakelijkheid is, voor de toepassing van deze verordening, een autonoom begrip, dat niet noodzakelijkerwijs in de zin van het nationale recht dient te worden geïnterpreteerd. Het dient mede te omvatten het achterhouden van informatie en het afbreken van onderhandelingen'.

31 Zie *supra* noot 28, paragraaf 4.2, toelichting op art. 1.

delictuele aansprakelijkheid is (ingevolge de WCOD) onderworpen aan hetzij (eveneens) Engels recht hetzij (integendeel) Duits recht.

Bij de toepassing van één materieelrechtelijk rechtsstelsel op een rechtsverhouding die zowel contractuele als delictuele kenmerken vertoont, worden de resterende problemen van samenloop geëndosseerd aan het toepasselijke rechtsstelsel. Het is aan dit rechtsstelsel – in de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus: het Engelse recht – om te kiezen voor exclusiviteit van de contractuele route of om de benadeelde toe te staan het voor hem gunstigere buitencontractuele pad te bewandelen. In dit scenario doen zich vanuit het perspectief van het Nederlandse IPR geen verdere complicaties voor.

Zelfs bij de toepassing van twee materieelrechtelijke rechtsstelsels op een rechtsverhouding met contractuele en delictuele aspecten, is er nog geen man overboord, aangenomen dat – in de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus – het Engelse contractenrecht en het Duitse onrechtmatigedaadsrecht in concreto tot dezelfde, althans niet tot met elkaar onverenigbare rechtsgevolgen leiden. Maar het is ook denkbaar dat het Engelse contractenrecht iedere aansprakelijkheid van Bus jegens Chemconserve en Reakt van de hand wijst, terwijl het Duitse onrechtmatigedaadsrecht in deze casus wel een vorm van aansprakelijkheid aanvaardt. Hoe dient de Nederlandse rechter dan te oordelen?

Uit het hiervoor besproken uitgangspunt van het Nederlandse IPR dat de contractuele en de delictuele onderdelen van een rechtsverhouding zelfstandig worden aangeknoopt, vloeit mijns inziens voort dat de Nederlandse rechter de vordering tot schadevergoeding van Chemconserve en Reakt dient toe te wijzen indien en voorzover deze kan steunen op het toepasselijke Duitse onrechtmatigedaadsrecht. De omstandigheid dat het (eveneens) toepasselijke Engelse contractenrecht geen grondslag voor schadevergoeding biedt, doet daaraan niet af. Immers, elk onderdeel van de rechtsverhouding leidt een eigen bestaan, zowel op het niveau van het Nederlandse IPR als op het niveau van het als toepasselijk aangewezen materieelrechtelijke rechtsstelsel en de daarin voorziene rechtsregels, en dit bestaan wordt niet beïnvloed door het lot dat een ander onderdeel van dezelfde rechtsverhouding is beschoren.

Terzijde stip ik aan dat de Nederlandse rechter zich bij zijn beslissing om de contractuele en de delictuele onderdelen van de rechtsverhouding tussen Chemconserve en Reakt enerzijds en Bus anderzijds al dan niet zelfstandig aan te knopen, niet dient te laten leiden door de wijze waarop het Engelse respectievelijk het Duitse recht met problemen van samenloop omspringt. Bij de vormgeving en de toepassing van het Nederlandse IPR komt geen betekenis toe aan de inrichting van de als toepasselijk aangewezen rechtsstelsels: het Nederlandse IPR bepaalt welke onderdelen van de rechtsverhouding aan welke rechtsstelsels worden toegewezen en – daarmee – in welke omvang deze rechtsstelsels voor toepassing in aanmerking komen. In de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus: van het Engelse recht is louter het contractenrecht van belang, van het Duitse recht enkel het onrechtmatigedaadsrecht. De

zogenaamde secundaire kwalificatie van de samenloopproblematiek naar Engels dan wel Duits recht is voor het Nederlandse IPR zonder betekenis.[32]

Waar het Nederlandse IPR bij samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen ertoe dwingt om een rechtsverhouding aan twee rechtsstelsels te onderwerpen en deze rechtsstelsels tot met elkaar onverenigbare materieelrechtelijke resultaten leiden, dringt de behoefte aan correctiemechanismen zich uiteraard op. Kan het IPR te hulp schieten?

5.2 Twee oplossingen

De toepassing van het materiële IPR kan ertoe leiden dat een casus met zowel contractuele als delictuele componenten niet door één, maar door twee materieelrechtelijke rechtsstelsels wordt beheerst. Indien deze toepasselijke rechtsstelsels in concreto leiden tot met elkaar strijdige rechtsgevolgen, ontstaat behoefte aan correctie en bijstelling. Op het niveau van het IPR zie ik twee oplossingen voor mij.

De partijautonomie reikt de *eerste oplossing* aan. Zowel op het vlak van het contractenrecht als op dat van het onrechtmatigedaadsrecht is aanvaard dat partijen zelf het toepasselijke recht kunnen aanwijzen. Een rechtskeuze kan op elk moment worden uitgebracht: bij het sluiten van de overeenkomst, na het intreden van de schade als gevolg van wanprestatie of ongeoorloofd handelen, nadat schikkingsonderhandelingen zijn geëntameerd en zelfs nog in de loop van een procedure ten overstaan van de rechter. Voor het EVO is dit bepaald in artikel 3, voor de WCOD in artikel 6. Onder vigeur van de verordeningen Rome I en Rome II zal deze rechtskeuzevrijheid blijven bestaan.

Vooral de zogenaamde 'rechtskeuze achteraf' – partijen bereiken overeenstemming over het toepasselijke recht nadat tussen hen een geschil is ontstaan – biedt mogelijkheden om problemen van samenloop op het niveau van het IPR uit de weg te ruimen. Zo zouden Chemconserve en Reakt met Bus kunnen overeenkomen dat de reeds ingeschakelde of nog te benaderen (Nederlandse, Engelse dan wel Duitse) rechter alle tussen partijen bestaande geschilpunten, ongeacht hun contractuele dan wel delictuele aard, dient te beslechten aan de hand van het Nederlandse, het Engelse dan wel het Duitse recht.

Uiteraard dienen partijen zich te realiseren dat de keuze voor een toepasselijk materieelrechtelijk rechtsstelsel ook gevolgen heeft voor de kwestie van samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen. De rechtskeuze lost het probleem van samenloop op materieelrechtelijk vlak niet op, maar brengt deze oplossing wel dichterbij door het aantal relevante materieelrechtelijke rechtsstelsels tot één te reduceren.

32 Zie Strikwerda 2005, nr. 46.

De *tweede oplossing* kwam in par. 5.1 al aan de orde: accessoire aanknoping. Waar partijen er niet in slagen hun deels contractueel deels delictueel geaarde geding door middel van een rechtskeuze aan één materieelrechtelijk rechtsstelsel te onderwerpen, kan de rechter soms door middel van accessoire aanknoping hetzelfde resultaat bereiken.

De gebruikelijke vorm van accessoire aanknoping is die van artikel 5 WCOD: de rechter kan de delictuele verbintenissen tussen partijen onderwerpen aan het recht dat van toepassing is op een andere 'tussen dader en benadeelde bestaande of gewezen rechtsverhouding', mits beide rechtverhoudingen 'nauw [met elkaar zijn] verbonden'. Zelfstandige aanknoping van de onrechtmatige daad via de artikelen 3 en 4 WCOD blijft dan achterwege.

Artikel 5 WCOD biedt de rechter veel vrijheid. Zoals in par. 5.1 al is aangestipt, is de bepaling facultatief geformuleerd: accessoire aanknoping mag wél, maar moet níet. Bovendien is het aan de rechter om te bepalen of er sprake is van een voldoende nauwe band tussen de delictuele verbintenissen en de andere rechtsverhouding.[33] Niettemin is de toepassing van artikel 5 WCOD wel aan zekere grenzen gebonden. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld:

> 'dat volgens het Nederlandse conflictenrecht geen plaats is voor accessoire aanknoping, indien dader en benadeelde niet beiden partij zijn bij de bestaande of gewezen rechtsverhouding waaraan het toepasselijke recht op de verbintenis uit onrechtmatige daad wordt ontleend.'[34]

Daaraan heeft de Hoge Raad toegevoegd dat noch artikel 5 noch de WCOD als geheel ruimte laat voor een 'algemene exceptie ten behoeve van een in het concrete geval nauwer betrokken rechtsstelsel.'[35] Met andere woorden: de artikelen 3, 4 en 5 WCOD vormen een gesloten stelsel van objectieve verwijzingsregels ten behoeve van de verwijzingscategorie 'delict' en het resultaat waartoe de toepassing van deze bepalingen leidt, kan niet opzij worden gezet ten gunste van een in het concrete geval nauwer verbonden rechtsstelsel.

De in par. 5.1 al genoemde verordening Rome II kent, in artikel 4 lid 3, eerste volzin, wel een algemene exceptieclausule, waaraan de tweede volzin – bij wijze van voorbeeld – de mogelijkheid van accessoire aanknoping aan een overeenkomst tussen dader en benadeelde toevoegt:

---

33 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 9; NV II, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 5, p. 10.

34 HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 552, m.nt.ThMdB (Schulte/Deutag), *AA* 2005, p. 38, m.nt. MVP, r.o. 3.4. Zie tevens HR 23 februari 1996, *NJ* 1997, 276, m.nt. ThMdB (Total Liban/Blue Aegean), *AA* 1996, p. 642, m.nt. PV, r.o. 3.4.2; HR 12 oktober 2001, *NJ* 2002, 255, m.nt. ThMdB (Diner c.s./Igielko c.s.), r.o. 3.7.

35 HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 552, m.nt. ThMdB (Schulte/Deutag), *AA* 2005, p. 38, m.nt. MVP, r.o. 3.4.

> 'Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in de leden 1 en 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing. Een kennelijk nauwere band met een ander land zou met name kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst.'

Voorts is artikel 12 lid 1 van de verordening Rome II – de primaire verwijzingsregel met betrekking tot precontractuele aansprakelijkheid – zelf ook op accessoire aanknoping geënt:

> 'De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, wordt, ongeacht of de overeenkomst al dan niet daadwerkelijk is gesloten, beheerst door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten.'

Vervolgens reikt lid 2 van artikel 12 een subsidiaire verwijzingsregel aan voor de gevallen waar het toepasselijke recht niet aan de hand van het hiervoor geciteerde lid 1 kan worden bepaald. Ik laat dit tweede lid verder buiten beschouwing.

Het verschil tussen artikel 5 WCOD enerzijds en de artikelen 4 lid 3 en 12 lid 1 van de verordening Rome II anderzijds kan worden geïllustreerd aan de hand van de casus van Chemconserve en Reakt tegen Bus. De delictuele aanspraak van Chemconserve en Reakt op Bus is onmiskenbaar nauw verbonden met de contractsonderhandelingen tussen dezelfde partijen. Dit gegeven pleit ervoor om de delictuele aansprakelijkheid van Bus te laten beheersen door het recht dat de tot stand te brengen overeenkomst zou beheersen. Het toepasselijke contractenrecht kan hier wellicht eenvoudig worden vastgesteld, bijvoorbeeld op grond van een rechtskeuzeclausule in de conceptovereenkomst. Bij de toepassing van artikel 5 WCOD wreekt zich het ontbreken van een 'bestaande of gewezen rechtsverhouding' tussen partijen. De tekst van artikelen 4 lid 3 en 12 lid 1 van de verordening Rome II biedt de rechter op dit punt meer armslag dan artikel 5 WCOD, hetgeen ik aantrekkelijk vind.[36]

Ook de omgekeerde vorm van accessoire aanknoping is denkbaar: de contractuele verbintenissen tussen partijen worden onderworpen aan het recht dat de delictuele rechtsverhouding tussen dezelfde partijen beheerst. Voor deze variant bestaat op zichzelf ruimte binnen artikel 4 lid 5 EVO, dat de hoofdregels van de leden 2, 3 en 4 uitschakelt 'wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een

36 Zie M.V. Polak, 'Lees maar, er staat wél wat er staat: het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad (noot onder HR 12 november 2004 (Schulte/Deutag))', *AA* 2005, p. 43-44 (verwijzend naar een (grotendeels gelijkluidende) voorloper van het hiervoor geciteerde art. 4 lid 3 van de verordening Rome II).

ander land'. De nauwere verbondenheid met een ander land zou hier dan moeten blijken uit de nauwe verbondenheid van de contractuele verbintenissen met een delictuele rechtsverhouding tussen dezelfde partijen en het daarop toepasselijke recht. Overigens kan de rechter hetzelfde resultaat bereiken zonder expliciet over te gaan tot accessoire aanknoping. Artikel 4 lid 5 EVO verwijst naar 'het geheel der omstandigheden', wat betekent dat de nauwe verbondenheid van de contractuele verbintenissen met een andere rechtsverhouding tussen dezelfde partijen hooguit een van de relevante indicatoren bij de toepassing van deze bepaling vormt.

Ook ten aanzien van artikel 4 lid 5 EVO heeft de Hoge Raad een waarschuwend woord gesproken, door te oordelen:

> 'dat deze uitzondering op de hoofdregel van lid 2 restrictief moet worden gehanteerd, in dier voege dat eerst dan van de hoofdregel behoort te worden afgeweken indien, gegeven de bijzonderheden van het geval, geoordeeld moet worden dat de plaats van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, geen reële aanknopingswaarde heeft.'[37]

Accessoire aanknoping van contractuele verbintenissen aan een delictuele rechtsverhouding die tussen dezelfde partijen bestaat of heeft bestaan, zal dus slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn. Daarmee ligt deze IPR-techniek minder voor de hand dan de hiervoor besproken – in omgekeerde richting werkende – accessoire aanknoping van artikel 5 WCOD en de artikelen 4 lid 3 en 12 lid 1 van de verordening Rome II.

Ten slotte stip ik aan dat thans nog niet duidelijk is of artikel 4 van de verordening Rome I een pendant van het huidige artikel 4 lid 5 EVO zal kennen. Op dit moment is dan ook ongewis of er enige ruimte voor accessoire aanknoping in het contractenrecht zal overblijven.

6 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Het IPR creëert zijn eigen problemen van samenloop. De grofmazige systematiek van het IPR brengt mee dat de kwalificatie van een geding als contractueel dan wel delictueel van aard, verreikende gevolgen kan hebben voor kwesties van rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht.

In het formele IPR spitsen de problemen zich toe op de bevoegdheidsgronden van het EEX en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering die specifiek zijn bedoeld voor contractuele dan wel delictuele vorderingen. De rechter die bevoegd is ten aanzien van een contractuele vordering is niet – op die grond – bevoegd om kennis te nemen van een delictuele vordering, en vice versa. Bij gebreke van een regel die objectieve cumulatie van contractuele en delictuele

37 HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 750 (Balenpers), *AA* 1993, p. 207, m.nt. ThMdB, r.o. 3.8.

vorderingen toestaat, zal de eiser/verzoeker met een deels contractueel deels delictueel getinte vordering slechts terecht kunnen bij de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder, tenzij partijen gebruik maken van hun forumkeuzevrijheid.

In het materiële IPR werpt samenloop de vraag op naar de wijze van aanknoping van een rechtsverhouding aan het toepasselijke recht. Waar andersluidende voorschriften ontbreken, dwingt het IPR tot zelfstandige aanknoping van de contractuele en de delictuele onderdelen van een rechtsverhouding. Deze zelfstandige aanknoping kan ertoe leiden dat een rechtsverhouding aan twee materieelrechtelijke rechtsstelsels is onderworpen, wat kan stuklopen op met elkaar onverenigbare oplossingen voor de contractuele respectievelijk de delictuele actie. Op IPR-niveau kunnen rechtskeuzevrijheid en accessoire aanknoping uitkomst bieden, door partijen respectievelijk de rechter in staat te stellen de contractuele en de delictuele onderdelen van de rechtsverhouding alsnog door één materieelrechtelijk rechtsstelsel te laten beheersen.

Valt er veel te verbeteren aan of in het IPR? Wie, zoals ik, de grofmazige systematiek van het IPR waardeert vanwege de daaruit voortvloeiende hanteerbaarheid en voorspelbaarheid van het IPR, zoekt naar kleine verbeteringen die de systematiek zoveel mogelijk intact laten.

Een kleine verbetering in het EEX en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou bestaan uit de aanvaarding – door de regelgever dan wel de rechter – van een bevoegdheidsregel die louter is gebaseerd op samenhang. De rechter die bevoegd is om kennis te nemen van een op contract gebaseerde actie – ingesteld door eiser/verzoeker X tegen gedaagde/verweerder Y – zou tevens bevoegd moeten zijn om zich te buigen over een op delict stoelende vordering – ingesteld door eiser/verzoeker X tegen gedaagde/verweerder Y dan wel tegen gedaagde/verweerder Z – op de enkele grond dat laatstgenoemde vordering nauw verbonden is met de contractuele actie. Uiteraard zou deze bevoegdheidsregel ook andersom moeten fungeren: bevoegdheid ten aanzien van een delictuele vordering zou voldoende moeten zijn voor bevoegdheid met betrekking tot een nauw daarmee verbonden contractuele actie.

Een tweede verbetering van ondergeschikte aard ziet op de rechterlijke vrijheid bij de toepassing van de regels inzake accessoire aanknoping. Gegeven de grote verscheidenheid van gevallen van samenloop zou ik de rechter een zo groot mogelijke vrijheid willen gunnen om een delictuele relatie te onderwerpen aan het recht dat van toepassing is op een nauw daarmee verbonden contractuele relatie. Ik zou geen andere vereisten willen stellen dan een nauwe verbondenheid van beide relaties.

Een laatste verbetering, die van ingrijpender aard is, betreft de ontwikkeling van afzonderlijke rechtscategorieën ten behoeve van typische samenloopgevallen. Een mooi voorbeeld is de afbakening tussen de verordeningen Rome I en Rome II, die ertoe leidt dat de materie van de precontractuele aansprakelijkheid in haar geheel wordt ondergebracht in de verordening Rome II en het toepasselijke recht ten aanzien van deze materie enkel aan de hand van dit

instrument behoeft te worden bepaald. Ook voor andere rechtsfiguren waarbij samenloop frequent aan de orde is, verdient deze wijze van rechtsverfijning aanbeveling, zowel in het formele als in het materiële IPR.

Kortom: samenloop vraagt om kleine stappen.

9 Samenloop van beroepstermijnen in het aanbestedingsrecht

H.S.J. Albers & J.M. Hebly[■]

1 INLEIDING

In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre sprake is van samenloop tussen de verschillende beroepstermijnen in het aanbestedingsrecht. In dit kader zullen eerst de toepasselijke termijnen kort worden toegelicht. Vervolgens wordt besproken in hoeverre de termijnen en procedures met elkaar samenhangen en wat de consequenties zijn van een eventuele samenloop.

De beroepstermijnen waarmee in het aanbestedingsrecht wordt gerekend zijn de Alcatel termijn en een algemene vervaltermijn. De Alcatel termijn is (in Nederland) de termijn van 15 dagen die aanbestedende diensten moeten aanhouden voordat zij tot definitieve gunning mogen overgaan en aldus de termijn waarbinnen de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure een voorlopige voorziening kunnen vragen tegen een voornemen tot gunning. De algemene vervaltermijn is er voor het instellen van een (bodem)procedure tegen een gunningsbesluit. Algemene vervaltermijnen zijn terug te vinden in de wet, maar zijn ook als contractuele voorwaarde in aanbestedingsreglementen opgenomen. Vanzelfsprekend zullen ook de in het voorstel van de Commissie tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG (het 'Wijzigingsvoorstel')[1] opgenomen termijnen worden besproken.

2 DE ALCATEL TERMIJN

De zogenaamde 'Alcatel termijn' is het resultaat van een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het 'Hof'). In de zaak *Alcatel*,[2] die een Oostenrijkse prejudiciële vraag betrof, interpreteerde het Hof

---

■ H.S.J. Albers is advocaat bij Houthoff Buruma te Brussel. J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Bouwrecht, Universiteit Leiden.

1 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, document COM (2006) 195 def., d.d. 4 mei 2006.

2 HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, *NJ* 2000, 528 (Alcatel Austria AG).

van Justitie Richtlijn 89/665.[3] Oostenrijk had gebruik gemaakt van de in art. 2 lid 6 van die richtlijn geschapen mogelijkheid om de bevoegdheid van de beroepsinstanties ná het sluiten van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht te beperken tot het toekennen van schadevergoeding. Zodra eenmaal een overeenkomst tot stand was gekomen tussen de aanbestedende dienst en de winnaar van de aanbesteding konden partijen die schade hadden geleden door een schending van de aanbestedingsregels niet meer de ontbinding van die overeenkomst eisen. Doordat Oostenrijkse aanbestedende diensten hun gunningsbesluiten in de praktijk niet naar buiten brachten, vielen de gunning en het sluiten van de overeenkomst voor de buitenwacht *de facto* samen. Het resultaat was dat het in de praktijk niet mogelijk was op te komen tegen een gunningsbesluit. Alleen de mogelijkheid een schadevergoeding te vorderen bleef voor gelaedeerden over als actie in rechte.

Het Hof wijst in zijn uitspraak op art. 1 lid 1 van Richtlijn 89/665, dat de lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat bij een vermeende schending van het aanbestedingsrecht 'doeltreffend en zo snel mogelijk' beroep kan worden ingesteld. Deze verplichting legt het fundament voor de Alcatel termijn. In zijn redenering verwijst het Hof vervolgens naar de verschillende maatregelen die in Richtlijn 89/665 worden genoemd. Daarin onderscheidt het Hof aan de ene kant de bevoegdheid om in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om een beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat belangen verder worden geschaad (genoemd in art. 2 lid 1 sub a), en aan de andere kant de bevoegdheid onwettige besluiten nietig te (doen) verklaren of een schadevergoeding toe te kennen aan eventuele gelaedeerden (genoemd in art. 2 lid 1 sub b en sub c). Het Hof onderscheidt verder een fase vóór het sluiten van de overeenkomst die volgt op de gunning van de opdracht en een fase na het sluiten van die overeenkomst. Vervolgens overweegt het Hof dat het niet zo mag zijn dat het belangrijkste besluit van de aanbestedende dienst, te weten de gunning van de aanbestede opdracht, ontsnapt aan deze in de Richtlijn omschreven maatregelen. Juist in een fase waarin eventuele schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd is het volgens het Hof van belang dat is voorzien in de vereiste doeltreffende en snelle procedures van beroep.

Uit de aldus uiteengezette structuur van Richtlijn 89/665 leidt het Hof dan af dat:

> 'de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer

3 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (ook wel de 'Rechtsbeschermingsrichtlijn' genoemd), *Pb EG* 1989, L 395/33.

aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.'

Hoewel het Hof niet met zoveel woorden stelt dat deze procedure een procedure in kort geding moet zijn, lijkt dit voor wat betreft de Nederlandse situatie wel als onvermijdelijke conclusie uit de overwegingen van het Hof voort te vloeien.

Uit *Alcatel* volgt aldus dat er in beginsel een bepaalde periode moet zijn tussen het bekendmaken van het besluit tot gunning van de opdracht en het sluiten van de overeenkomst waarbij de opdracht daadwerkelijk wordt vergeven (de zogenaamde '*stand still*' termijn). In een aantal vervolgzaken heeft het Hof deze termijn verder 'aangekleed'. Zo heeft het Hof in het arrest *Commissie/Oostenrijk*[4] verduidelijkt dat de Alcatel periode een redelijke termijn moet zijn, terwijl in *Universale Bau*[5] is bepaald dat een termijn van twee weken (15 dagen) als redelijk kan gelden. De Alcatel termijn is in 2005 ook in het Bao[6] en het Bass[7] opgenomen. De betreffende bepalingen maken een onderscheid tussen het besluit tot voorlopige gunning en de definitieve gunning (ofwel het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst). Tussen deze momenten moet een termijn zitten van tenminste 15 dagen. Deze termijn begint te lopen vanaf het moment van verzending van de mededeling van het voorlopige gunningsbesluit.[8]

2.1 Wie kan een Alcatel procedure aanspannen?

De personen die gedurende de Alcatel termijn een procedure kunnen starten bij de Voorzieningenrechter zijn diegenen die bij de aanbesteding betrokken zijn geweest (de gegadigden en inschrijvers). Ook zij die zich hadden willen inschrijven, maar dit om één of andere reden niet hebben gedaan, kunnen beroep aantekenen. Als voorwaarde voor ontvankelijkheid zal in dit geval wel gelden dat de onregelmatigheid die zij willen aanvechten samenhangt met de reden waarom zij zich niet hebben ingeschreven. Wanneer een aanbestedende dienst de verplichte aankondiging niet op de juiste manier heeft gepubliceerd, of in de aanbestedingsstukken discriminatoire specificaties heeft opgenomen, zal ook iemand die daardoor de aanbesteding heeft gemist of

4 HvJ 24 juni 2004, zaak C-212/02 (Commissie/Oostenrijk).
5 HvJ 12 december 2002, zaak C-470/99 (Universale Bau).
6 Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunning van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten) ('Bao').
7 Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit aanbestedingen speciale sectoren) ('Bass').
8 Zie respectievelijk art. 55 lid 2 Bao en art. 57 lid 2 Bass.

daaraan niet heeft deelgenomen – maar dat anders wel had kunnen doen – in beroep moeten kunnen gaan tegen het gunningsbesluit.

Partijen mogen eventuele bezwaren niet 'opsparen' tot de Alcatel termijn.[9] Dit geldt net als voor partijen die zich hebben ingeschreven ook voor partijen die zich niet hebben ingeschreven. Ook zij moeten zo snel mogelijk na kennisneming van de aanbestedingsprocedure en de onregelmatigheid waardoor zij geen kans hadden om daaraan deel te nemen bezwaar maken. De Alcatel termijn is er immers niet alleen om de (potentiële) inschrijvers te beschermen, maar zij dient ook om de aanbestedende dienst zekerheid te geven met betrekking tot de definitieve gunning en het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst.[10] Uit de nuttige werking van Richtlijn 89/665, de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid en de daaruit voortvloeiende eis dat de inschrijvende partijen de mogelijkheid moeten hebben om beroep aan te tekenen in een fase waarin schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd, volgt immers ook een impliciet en spiegelbeeldig 'recht' voor de aanbestedende dienst[11] op een kans eventuele fouten te herstellen op een moment waarop dit nog kan met zo min mogelijk consequenties voor de aanbestedingsprocedure.[12]

2.2 Eisen in de Alcatel procedure

In de Alcatel procedure kan hetzij (i) een vernietiging van het voorlopige gunningsbesluit, hetzij (ii) een (voorschot tot) schadevergoeding worden geëist. Een eis tot schadevergoeding past minder goed in de Alcatel bezwaarprocedure. Het doel van de procedure die kan worden aangespannen gedurende de Alcatel termijn is immers het corrigeren van een schending. Een schadevergoeding komt in principe alleen in aanmerking indien en voor zover correctie van de schending niet (meer) mogelijk is. Dat zal normaal gesproken alleen het geval zijn wanneer de overeenkomst definitief is gesloten, wat in de regel gedurende de Alcatel *stand still* periode niet mag.

Omdat de Alcatel termijn in principe na 15 dagen afloopt, zal als voorlopige voorziening ook aan de beroepsinstantie gevraagd kunnen worden de *stand still* verplichting te laten voortduren. Overigens is het in Nederland gebruikelijk dat aanbestedende diensten niet overgaan tot een definitieve gunning van de opdracht gedurende een kort geding en wel tot en met de datum van uitspraak in eerste aanleg. Dit lijkt ons in overeenstemming met de geest van de Alcatel

9 Zaak C-230/02, *Grossman*, arrest van het Hof van Justitie van 12 februari 2004.

10 Zie ook Arrowsmith, '*The Law of Public and Utilities Procurement*', 2nd ed. (2005), p. 1425.

11 Overigens wijst E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2004, p. 498, er in dit kader terecht op dat richtlijnbepalingen niet rechtstreeks aan een private persoon kunnen worden tegengeworpen.

12 Vgl. HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02 (Grossman).

termijn, die immers tot doel heeft de correctie van een eventuele schending mogelijk te maken.

2.3 Vervolg

Na de procedure in eerste aanleg is hoger beroep mogelijk en eventueel nog cassatie. Volgens het Gerechtshof te Leeuwarden behoeft een aanbestedende dienst gedurende het hoger beroep niet meer te wachten met de daadwerkelijke gunning van de opdracht.[13] In dit geval, na een voor de aanbestedende dienst positief uitgevallen uitspraak in eerste aanleg, geeft het belang van de aanbestedende dienst bij een snelle en doeltreffende aanbestedingsprocedure in principe de doorslag. De definitieve gunning zal alsdan evenwel plaatsvinden op eigen risico van de aanbestedende dienst. Een beëindiging of ontbinding van de definitieve gunningsovereenkomst in rechte blijft immers nog mogelijk.

Het hierboven besproken oordeel van het Gerechtshof te Leeuwarden zou overigens wel eens anders kunnen uitvallen wanneer een verliezende klager onmiddellijk na het kort geding vonnis in eerste aanleg, en vóór de daadwerkelijke gunning, aankondigt spoedappel aan te tekenen en dat ook daadwerkelijk en met voortvarendheid instelt. In dat geval weet de aanbestedende dienst immers dat de klager nog een rechtsmiddel heeft en van plan is daarvan gebruik te maken. De klager doet er daarbij ons inziens goed aan zowel in zijn aankondiging, als in appel een verdere *stand still* verplichting te verlangen, in ieder geval tot en met de uitspraak in het spoedappel.

Anderzijds zal het niet zo kunnen zijn dat een aanbestedende dienst na het winnen van een kort geding in eerste aanleg een maand zal moeten wachten alvorens over te (kunnen) gaan tot definitieve gunning, enkel en alleen om de klager de gelegenheid te geven (spoed)appel aan te tekenen. Een verplichting de *stand still* periode 'ambtshalve' voort te zetten lijkt ons evenmin geboden wanneer de verliezende klager gewoon appel aantekent of aankondigt dat te zullen doen. Daarvoor vormt de duur van een dergelijke procedure, die al snel een jaar of meer bedraagt, naar onze mening een (te) zware last op het belang dat de aanbestedende dienst heeft bij het laten uitvoeren van de opdracht.

Overigens zal ook de aard van de opdracht in aanmerking moeten worden genomen bij de afweging of een op de goede trouw rustende verplichting bestaat de *stand still* periode te laten voortduren gedurende de appeltermijn. Als het gaat om een éénmalige opdracht met een beperkte uitvoeringsduur kan het bestaan van een dergelijke plicht met meer kracht worden betoogd, dan wanneer het gaat om een herhaalde of langdurige opdracht. In dit laatste geval kan van een (gedeeltelijk) terugdraaien van een definitieve gunning na

13 Hof Leeuwarden 19 april 2006, *LJN* AW4179 (Avenance/Gemeente Groningen).

het volgen van een appelprocedure immers zonodig nog sprake zijn. Overigens kan (dringende) spoed een gerechtvaardigde reden vormen om een *stand still* verplichting te doorbreken.[14]

2.4 De Alcatel termijn als vervaltermijn

In het hierboven uiteengezette stelsel van rechten en plichten met betrekking tot een Alcatel procedure tegen een schending van de aanbestedingsregels past de regel dat de Alcatel termijn tevens geldt als vervaltermijn voor het nemen van rechtsmaatregelen. Dit is overigens niet automatisch het geval en volgt ook niet uit het Bao en het Bass, waar in de respectieve artikelen 55 en 57 alleen een tijdelijk verbod van definitieve gunning is opgenomen. Om als vervaltermijn te kunnen gelden, stelt de rechter dan ook als voorwaarde dat duidelijk in de aanbestedingsstukken moet zijn opgenomen dat de Alcatel termijn mede geldt als vervaltermijn. Is dit het geval, dan zullen partijen die te laat klagen over een voorlopig gunningsbesluit in principe niet meer ontvankelijk zijn.[15]

2.5 Het voorstel tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG

In het Wijzigingsvoorstel verduidelijkt de Commissie een aantal van de in de praktijk gegroeide regels. Om te beginnen stelt de Commissie voor de Alcatel termijn op minimaal 10 dagen te stellen.[16] Het Wijzigingsvoorstel opent verder uitdrukkelijk de mogelijkheid om de Alcatel termijn als vervaltermijn van tenminste 10 dagen te laten gelden.[17] De Commissie verduidelijkt verder dat bij de kennisgeving van het gunningsbesluit een samenvattende beschrijving van de relevante redenen waarop het gunningsbesluit steunt zoals bedoeld in art. 41 lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG[18] moet worden gevoegd.[19] De uitgebreide motivering wordt, overeenkomstig laatstgenoemd artikel, op verzoek aan een betrokken partij meegedeeld. Dit stelt de partij die eventueel bezwaar wil aantekenen in staat om gebruik te maken van de volledige 10

14 Vgl. art. 55 Bao en art. 57 Bass.
15 Vgl. Vzr. Rb. Haarlem 14 juli 2006, KG ZA 06-238, *LJN* AY3951 (Rederij Naco/Provincie Noord-Holland)
16 Art. 2 *bis* lid 2 Wijzigingsvoorstel.
17 Art. 2 *quater* Wijzigingsbesluit.
18 Deze bepaling komt overeen met art. 41 leden 2, 3 en 4 Bao.
19 Art. 2 *bis* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

dagen om met kennis van alle omstandigheden over zijn bezwaar te beslissen.[20]

Nederland kent in art. 55 lid 3 Bao[21] al een plicht 'de gronden' van het gunningsbesluit bij dat besluit te voegen. Het is op dit moment echter onduidelijk hoe deze motiveringsplicht zich verhoudt tot de motiveringsplicht van art. 41 Bao.[22] Betoogd wordt wel dat het Bao twee motiveringsplichten kent: een summiere, onder art. 55, die de Alcatel termijn in werking zet; en een aanvullende, onder art. 41.[23] Het huidige Wijzigingsvoorstel brengt in deze kwestie verduidelijking door te stellen dat de motivering die bij het voorlopige gunningsbesluit wordt gevoegd een samenvatting vormt van de motivering die wordt bedoeld onder art. 41 van de Richtlijn. Dit impliceert één motivering (en dus ook één motiveringsverplichting), die echter in twee stappen kan worden bekend gemaakt. Dit impliceert bovendien dat de redenen (intern) volledig uitgewerkt moeten zijn op het moment dat het voorlopige gunningsbesluit wordt genomen. Zonder dat éérst de uitgebreide redenen zijn opgesteld kan daarvan immers geen 'samenvatting' worden gemaakt.[24] Bij aanvaarding van het Wijzigingsvoorstel zal het Bao naar onze mening dan ook zo moeten worden gelezen dat met 'de gronden' onder art. 55 Bao wordt gedoeld op de samenvatting van de redenen zoals bedoeld onder art. 41 Bao. In dit kader ondersteunen wij verder de opvatting dat het ontbreken van 'de gronden', of 'de samenvatting' onder art. 55 Bao, tot gevolg heeft dat de Alcatel termijn niet begint.[25] Zonder deze 'gronden' of 'samenvatting' komt geen rechtsgeldige kennisgeving tot stand die als startpunt kan dienen voor de Alcatel termijn.

Het Wijzigingsvoorstel bevat verder de regel dat de *stand still* in principe voortduurt wanneer een beroep wordt ingesteld bij een onafhankelijke beroeps-

---

20 De termijn van 15 dagen die art. 41 lid 2 Bao stelt voor de kennisgeving van de (volledige) redenen van het voorlopige gunningsbesluit zal wellicht moeten worden aangepast indien Nederland er voor kiest om de Alcatel *stand still* periode in te korten tot 10 dagen.

21 En art. 47 lid 3 Bass.

22 En art. 50 Bass.

23 Zie o.a. J.M. Hebly, E.T. de Boer & F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Paris 2007, p 84; die deze variant overigens verwerpen.

24 Een verkorting van de termijn van 15 dagen voor kennisgeving van de volledige redenen zoals bedoeld in art. 41 Bao, lijkt onder toepassing van deze praktijk dan ook weinig bezwaarlijk te kunnen zijn.

25 Zie Hebly e.a. 2007, p. 83 en 84. De rechtspraak is op dit punt niet eenduidig, aldus Van den Berge, Mutsaers en Zeelenberg, 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, deel 1', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2007, p. 99: zij halen een uitspraak aan van het Hof van 's-Gravenhage 13 oktober 2005, KG ZA 05-100 (De Vier Gewesten/Gemeente Gorinchem e.a. en De Jong Tours Holding BV) (nog niet gepubliceerd), dat een motivering niet beschouwt als een eis voor het beginnen van de Alcatel termijn, en vergelijken deze met Vzr. Rb. Haarlem 18 november 2005, 117348/KG ZA 05-537, *TA* 2006, 63 (Caremate Nederland BV/ Gemeente Zaanstad e.a. en Harting-Bank BV), waarin de voorzieningenrechter van mening is dat de Alcatel termijn pas begint op de dag dat het voorlopige gunningsbesluit is gemotiveerd.

instantie in eerste aanleg totdat deze heeft besloten over het beroep of een verzoek tot voorlopige maatregelen.[26] Eventuele verdere beroepsprocedures behoeven niet een automatische opschortende werking te hebben.[27]

Met betrekking tot de nietigheid van een tijdens de *stand still* (Alcatel) periode gesloten overeenkomst verduidelijkt het Wijzigingsvoorstel dat deze overeenkomst 'onverbindend wordt verklaard'.[28] Hoewel het Wijzigingsvoorstel dit niet expliciet stelt lijkt het ons voor de hand te liggen dat deze sanctiemogelijkheid blijft gelden in het geval de *stand still* termijn is verlengd door een beroepsinstantie.

De lidstaten mogen met betrekking tot deze sanctie een verjaringstermijn instellen van tenminste 6 maanden, zodat een overeenkomst die is gesloten in strijd met een *stand still* verplichting na deze 6 maandentermijn gevolgen kan hebben tussen de partijen en jegens derden. Deze termijn begint te lopen vanaf de datum van het sluiten van de overeenkomst.[29] De lidstaten kunnen tevens kiezen voor een kortere termijn van tenminste 30 kalenderdagen vanaf de dag dat de aanbestedende dienst de inschrijvers en gegadigden in kennis stelt van het sluiten van de overeenkomst, mits bij die kennisgeving een samenvatting van de relevante redenen als bedoeld in art. 41 lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG wordt gevoegd.[30] Ook kan een van de aanbestedende dienst onafhankelijke beroepsinstantie grenzen stellen aan de onverbindendheid van een overeenkomst die is gesloten in strijd met een *stand still* verplichting indien dringende of dwingende eisen van niet-economisch algemeen belang dit nodig maken.[31] Volgens het Wijzigingsvoorstel worden de gevolgen van de onverbindendheid van een overeenkomst bepaald door het nationale recht. De nietigheid kan derhalve *ex tunc*, maar ook *ex nunc* worden uitgesproken.[32]

Ten aanzien van de eis van onverbindendheid gelden in principe de termijnen van (tenminste) 30 dagen of (tenminste) 6 maanden als vervaltermij-

---

26 Art. 2 lid 3 Wijzigingsvoorstel. Zie in dit verband ook art. 1 lid 5 Wijzigingsvoorstel, met betrekking tot de mogelijkheid dat beroep eerst moet worden ingesteld bij de aanbestedende dienst. In dit laatste geval bedraagt de automatische opschorting tenminste 10 kalenderdagen.

27 Art. 2 lid 3 *bis* Wijzigingsvoorstel.

28 Art. 2 *sexies* lid 1 sub b Wijzigingsvoorstel; alsmede art. 2 *septies* lid 1 Wijzigingsvoorstel, dat naast onverbindendheid ook de mogelijkheid van alternatieve sancties introduceert. De onderlinge verhouding tussen deze twee bepalingen laat naar onze mening nog ruimte voor verdere verduidelijking.

29 Art. 2 *octies* lid 1 sub b Wijzigingsvoorstel; ten aanzien van inbreuken in de zin van art. 2 *septies* lid 1 Wijzigingsvoorstel bepaalt art. 2 *octies* lid 2 Wijzigingsvoorstel dat de termijnen voor het instellen van beroep volgens het nationaal recht worden bepaald.

30 Art. 2 *octies* lid 1 sub a Wijzigingsvoorstel.

31 Art. 2 *sexies* lid 3 Wijzigingsvoorstel. De lidstaten moeten in dit geval wel voorzien in alternatieve sancties in de zin van art. 2 *septies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

32 Art. 2 *sexies* lid 2 Wijzigingsvoorstel. In het geval nietigheid *ex nunc* wordt uitgesproken voorzien de lidstaten in alternatieve sancties in de zin van art. 2 *septies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

nen.[33] Een eis tot schadevergoeding wordt naar onze mening door deze vervaltermijn echter niet uitgesloten. Dat kan anders zijn wanneer een aanbestedingsreglement van toepassing is.[34] Dit roept de vraag op in hoeverre de optie schadevergoeding *in natura* te eisen, in de zin van art. 6:103 BW, kan worden verenigd met de doelstelling van deze nieuw te introduceren vervaltermijn. Een eis tot opzegging of ontbinding van de overeenkomst per heden, een gebod de uitvoering van de overeenkomst te beëindigen, of een verbod deze nog verder uit te voeren komen *de facto* immers op hetzelfde neer als de nietigheid van de overeenkomst. Ook wordt als schadevergoeding *in natura* genoemd de eis 'de opdracht alsnog te gunnen aan eiseres.' De toewijzing van al dergelijke vorderingen zal als gevolg hebben dat de ten onrechte gesloten overeenkomst wordt opengebroken.[35]

Omdat het doel van de voorgestelde vervaltermijn nu juist lijkt te zijn duidelijkheid te creëren omtrent de geldigheid van een (overigens op grond van een voor alle partijen duidelijke schending van het aanbestedingsrecht gesloten) overeenkomst, doet de mogelijkheid een vordering tot schadevergoeding *in natura* in te stellen hieraan toch weer enige afbreuk. De schadevergoeding *in natura* zal echter gelden *ex nunc*. Daarmee lijkt zij toch los van de vervaltermijn voor onverbindendheid van de overeenkomst te kunnen bestaan.[36] Enerzijds is het immers niet onredelijk dat zelfs een in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst enige rechtskracht heeft tussen partijen en met name jegens derden als zij reeds gedurende een langere periode is uitgevoerd, omdat nietigheid na een langere periode vele ongewenste consequenties met zich kan brengen. Anderzijds is het evenmin onredelijk dat de partijen bij een dergelijke overeenkomst de hete adem van het recht voor de gehele duur van de overeenkomst in hun nek blijven voelen.[37]

---

33 Althans in geval van een beroep in de zin van art. 2 *sexies* lid 1 sub b Wijzigingsvoorstel. In het geval van een beroep in de zin van art. 2 *septies* lid 1 Wijzigingsvoorstel gelden de termijnen die in het nationale recht worden bepaald onder art. 2 *octies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

34 Zie Hebly e.a. 2007, p. 77, voetnoot 273.

35 Zie de noot van A.G.J. van Wassenaer van Catwijck bij Uneto/De Vliert, *BR* 1999, 985. Zie ook Hebly e.a. 2007, p. 14, 56 en 57.

36 Dit zal na aanvaarding van het huidige Wijzigingsvoorstel niet anders zijn. Weliswaar moet naar onze mening de term 'schadevergoeding' in art. 2 lid 6 Wijzigingsvoorstel worden gelezen als schadevergoeding *in geld* (een andere opvatting zou in strijd zijn met het systeem van rechtsbescherming dat Richtlijn 89/665 beoogt op te zetten – zie ook hieronder in de hoofdtekst), maar tevens wordt de in dit artikel neergelegde bevoegdheid van de lidstaten de vorderingsactie van een klager bij een schending van de aanbestedingsregels te beperken tot een schadevergoeding beperkt tot de situatie waarin de definitieve gunning is gedaan met inachtneming van de Alcatel *stand still* termijn.

37 Volgens ons is er in het geval dat een overeenkomst wordt 'opengebroken' en *de facto* en *ex nunc* onverbindend blijkt te zijn op grond van een schadevergoedingsactie na de verjaringstermijn, geen rechtsgrond voor het opleggen van de alternatieve sanctie in de zin van art. 2 *septies* lid 2 Wijzigingsvoorstel, omdat strikt gesproken geen beroep op de onverbindendheid is gedaan in de zin van art. 2 *sexies* Wijzigingsvoorstel en bovendien

3 De algemene vervaltermijn

De basis voor een vordering in een bodemprocedure wordt gevormd door een vermeende schending van de aanbestedingsregels. Een dergelijk schending vormt in principe een onrechtmatige daad. Indien echter op de aanbesteding het ARW 2005 of een ander aanbestedingsreglement van toepassing is geldt een schending als een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie). Immers, 'algemeen wordt aangenomen dat door de inschrijving op een aanbesteding waarop [een aanbestedingsreglement] van toepassing is verklaard, tussen de inschrijvers ieder voor zich en de aanbesteder een overeenkomst ontstaat om de aanbesteding te doen verlopen volgens de regels van [dat aanbestedingsreglement]. Zulk een aanbesteding als precontractuele aanloop tot een eventueel later te sluiten aannemingscontract heeft zelf de status van een volwaardige overeenkomst.'[38]

De algemene verjaringstermijn voor een rechtsvordering bedraagt twintig jaar, tenzij de wet anders bepaalt, aldus art. 3:306 BW. Op grond van art. 3:310 BW verjaart een vordering tot schadevergoeding na verloop van een termijn van 5 jaar na de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, maar in elk geval twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.

Voor het aanhangig maken van aanbestedingsgeschillen worden in de reglementen veelal kortere vervaltermijnen gesteld. Zo is de vervaltermijn voor het aanhangig maken van geschillen die wordt genoemd in het ARW 2005 met 90 dagen beduidend korter dan vijf jaar.[39] Deze termijn zal echter alleen kunnen worden tegengeworpen aan degenen die zich als betrokkene hebben kenbaar gemaakt aan de aanbesteder in het kader van een aanbesteding[40] dan wel aan daadwerkelijke indieners van een aanbieding in een aanbestedingsprocedure waarop een aanbestedingsreglement van toepassing is verklaard. Alleen met die gegadigden of inschrijvers kan immers de ('voor')overeenkomst tot stand komen de aanbesteding te doen verlopen volgens de regels van het betreffende aanbestedingsreglement waarop in de hiervoor aangehaalde rechtspraak wordt gedoeld. Voor andere belanghebbenden moet worden teruggevallen op de termijnen van 5 jaar en 20 jaar die worden genoemd in artikel 3:310 BW. Omdat de schadevergoedingsactie bedoeld in artikel 3:310

---

de verjaringstermijn is verlopen.

38 Zie Rb. Rotterdam 3 november 2004, zaak 169072/HA ZA 02/13, *BR* 2006, 65 (BRF/Gemeente Rotterdam), r.o. 5.5. In deze rechtsoverweging wordt verwezen naar het UAR-EG 1991. Zie ook Pijnacker Hordijk e.a. 2004, p. 508.

39 Art. 2.33.2 ARW 2005. Ook de andere aanbestedingsreglementen bevatten vergelijkbaar korte termijnen voor het aanhangig maken van geschillen. Het UAR 1986 bevat een termijn van drie maanden in art. 41 lid 3; ook art. 67 lid 3 UAR-EG 1991 bevat een termijn van drie maanden; en hetzelfde geldt voor het UAR-EG 2001 in art. 44 lid 3; en het ARW 2004 in art. 2.39.2. Ook art. 69 van het ARvD-EG 2000 bevat een termijn van drie maanden.

40 Zie Raad van Arbitrage voor de Bouw 18 maart 2005, *BR* 2005, 1034.

BW onder andere de vorderingen betreft die voortvloeien uit wanprestatie en onrechtmatige daad,[41] maakt het voor deze belanghebbenden immers niet uit of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen tussen de eventuele inschrijvers en de aanbestedende dienst, dan wel hoe gedetailleerd deze overeenkomst is. Indien een vordering tot nakoming wordt gedaan, om alsnog het sluiten van een overeenkomst af te dwingen onder een toepasselijk aanbestedingsreglement, bedraagt de verjaringstermijn eveneens vijf jaar, na de dag volgend op de dag waarop de vordering opeisbaar is geworden, aldus artikel 3:307, lid 1, BW.

3.1 Wie kan een bodemprocedure aanhangig maken?

Wie zijn de personen die een geding ten gronde aanhangig kunnen maken? Allereerst zijn dit de betrokkenen in de aanbestedingsprocedure, te weten de aanbestedende dienst, de gegadigden en de inschrijvers. Daarnaast kunnen ook andere belanghebbenden een vordering instellen. De belanghebbende die behoort tot deze laatste categorie zal moeten aantonen dat hij voldoet aan de toepasselijke geschiktheids- of inschrijvingsvoorwaarden. Als hij daaraan niet voldoet is hij in principe niet-ontvankelijk, omdat hij onvoldoende belang heeft.[42] Hij behoort dan niet tot de kring van daadwerkelijke en potentiële inschrijvers. Echter wanneer het geding juist de rechtmatigheid van de eisen en criteria betreft die er de oorzaak van waren dat deze belanghebbende niet aan de aanbesteding kon deelnemen, zal de betrokkene wel ontvankelijk zijn.

3.2 Eisen in de bodemprocedure

In een procedure ten gronde, die gewoonlijk zal aanvangen na het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot de aanbestede opdracht, kan: (i) een schadevergoeding; en/of (ii) de nietigheid van de gesloten overeenkomst worden geëist. Echter, de Hoge Raad heeft bepaald in *Uneto/De Vliert*[43] dat overeenkomsten die zijn gesloten na een aanbestedingsprocedure waarin het aanbestedingsrecht is geschonden, in beginsel niet aantastbaar zijn. De nietigheid of vernietiging van een dergelijke overeenkomst kan derhalve alleen worden geëist als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. In de literatuur wordt bepleit dat het feit dat een overeenkomst is gesloten tijdens de *stand still* periode zou moeten gelden als een bijzondere omstandigheid in de zin

41 Zie *T&C Vermogensrecht* (2007), art. 3:310, aant. 1 (Stolker).
42 Zie art. 3:303 BW.
43 HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305 (Uneto/De Vliert); zie ook, meer recent, HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204 (Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Ministerie van Financiën en Nederlands Inkoopcentrum).

van *Uneto/De Vliert*.[44] Voor zover ons bekend is deze vraag tot op heden echter nog niet aan de rechter voorgelegd.

De schier onaantastbare status die de Hoge Raad in *Uneto/De Vliert* verleent aan de overeenkomst wordt overigens nog wat verder gerelativeerd. Een eis tot nietigheid kan worden verpakt als een eis tot schadevergoeding *in natura* in de zin van artikel 6:103 BW. Overigens zal de aard van de overeenkomst en de eventuele spoed waarmee de opdracht moet worden uitgevoerd ook in de bodemprocedure invloed hebben op de vraag of nietigheid of ontbinding mogelijk is.

3.3 Het voorstel tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG

Voor wat betreft de regeling van de algemene vervaltermijn verwijst het Wijzigingsvoorstel naar het nationale recht.[45]

4 SAMENLOOP

Wij signaleren drie verschillende vormen of niveaus van mogelijke samenloop met betrekking tot de Alcatel termijn en de algemene vervaltermijn. Om te beginnen kunnen de (verlengde) Alcateltermijn enerzijds en de contractuele vervaltermijn van de aanbestedingsreglementen en/of de 30 dagen/6 maanden vervaltermijn van het Wijzigingsvoorstel anderzijds in de tijd samenvallen. Dit roept vragen op met betrekking tot het tijdstip waarop bepaalde procedures moeten worden gestart. Ten tweede is er de vraag naar de onderlinge samenhang tussen de kort geding procedure en de bodemprocedure in aanbestedingszaken. Tenslotte is er een samenloop van eisen in kort geding en de bodemprocedure.

4.1 Eerste niveau

De vervaltermijn voor het starten van een bodemprocedure kan samenlopen met de Alcatel termijn als *stand still* periode. Het is immers goed mogelijk dat een algemene vervaltermijn afloopt terwijl nog steeds een verlengde *stand still* termijn loopt. Dit zal met name het geval kunnen zijn in procedures waar een aanbestedingsreglement van toepassing is verklaard. Een kort geding procedure met hoger beroep en cassatie kan al snel drie jaar duren, terwijl de vervalperiode in de aanbestedingsreglementen slechts 90 dagen, of 3 maanden bedraagt. Ook de in het Wijzigingsvoorstel voorgestelde vervalperiode voor onverbin-

44 Zie bijv. Hebly e.a. 2007, p. 94 en 95.
45 Art. 2 *octies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

dendverklaring van overeenkomsten die tijdens de *stand still* zijn gesloten bedraagt (tenminste) slechts 30 dagen indien zij met, en (tenminste) 6 maanden indien zij zonder kennisgeving zijn gesloten.

Eisers zullen derhalve bedacht moeten zijn op het verlopen van een algemene vervaltermijn gedurende de Alcatel kort geding procedure of het vervolg daarop. Het instellen van een Alcatel procedure heeft immers geen opschortende werking met betrekking tot de verschillende vervaltermijnen. Zoals ook de Rechtbank Rotterdam in de zaak *De Heer* stelt kunnen vervaltermijnen, behoudens uitzonderingen in de wet, niet worden gestuit.[46] Wij menen dan ook dat het aanhangig maken van een Alcatel procedure geen stuitende werking heeft voor de vervaltermijnen voor het aanhangig maken van een bodemprocedure, net zo min als het op een andere manier kenbaar maken van bezwaren, zoals aan de orde in *De Heer*, kon leiden tot stuiting van een vervaltermijn. Ook de Nederlandse aanbestedingsreglementen of het Wijzigingsvoorstel noemen het starten van een Alcatel kort geding procedure niet als stuitingsgrond. Overigens zal de in het Wijzigingsvoorstel opgenomen minimum vervaltermijn na implementatie in de Nederlandse wet ons inziens in de weg staan aan het inroepen van de dan mogelijk kortere vervaltermijnen in de aanbestedingsreglementen, althans wat betreft de eis dat een bepaalde overeenkomst onverbindend is. Deze reglementen kunnen immers geen afbreuk doen aan een publiekrechtelijke bepaling.

4.2 Tweede niveau

Bij het instellen van een Alcatel kort geding kan de vraag worden gesteld of daarvoor vereist is dat ook een bodemprocedure moet worden gestart. Het antwoord daarop is ontkennend. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Commissie/Spanje*[47] bepaald dat in de context van het aanbestedingsrecht geen connexiteitsvereiste geldt. Het Hof verwijst in dit kader naar de eisen van doelmatigheid en snelheid die volgen uit Richtlijn 89/665. Een verzoek om een voorlopige voorziening in kort geding mag derhalve niet afhankelijk worden gesteld van de vraag of een beroep ten gronde is ingesteld. Het doet er daarbij niet toe, aldus nog steeds het Hof, dat het instellen van het beroep ten gronde slechts geldt als een formaliteit en niet behoeft te worden onderbouwd.

Omgekeerd geldt bij het instellen van een beroep ten gronde in het kader van een schadevergoedingsactie evenmin de eis dat reeds een kort geding procedure is aangespannen om er blijk van te geven dat er alles aan is gedaan om een gemiste gunning aan te vechten, als uitvloeisel van de plicht die rust op de eiser van schadevergoeding om de schade zoveel mogelijk te beperken.

---

46 Rb. Rotterdam 6 september 2006, zaak 242197 HA ZA 05-1997 (*De Heer Transport/Gemeente Rotterdam*) (nog niet gepubliceerd), r.o. 5.1.

47 HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-214/00 (Commissie/Spanje).

Volgens het Gerechtshof te 's-Gravenhage bestaat geen rechtsregel die de dienstverlener verplicht een kort geding aan te spannen tegen een voorgenomen gunningsbeslissing teneinde een recht op schadevergoeding te behouden.[48]

Hierbij moet echter worden aangetekend dat nog niet duidelijk is of hetzelfde geldt ten aanzien van een eventuele ontbindingseis. Ons lijkt dit niet het geval. Een ontbindingseis beoogt immers (alsnog) te leiden tot gunning van de opdracht aan de klager. Het achterwege laten van een voorlopige voorziening tijdens de Alcatel termijn behoort ons inziens dan aan de klager te kunnen worden tegengeworpen. In vergelijkbare zin overwoog ook het Gerechtshof van Amsterdam in *IHD Airport Services/Schiphol* toen het stelde dat gezien de aard van de aanbestedingsprocedure van betrokkenen mocht worden verwacht dat zij snel en doeltreffend in actie zouden komen indien zij bezwaar wensten te maken tegen een gunningsbesluit of de uitvoering daarvan, en dat zij bij gebreke daarvan die mogelijkheid zouden verliezen.[49] Dit geldt naar onze mening temeer indien de wetgever gebruik heeft gemaakt van de in artikel 2, lid 6, van Richtlijn 89/665 genoemde mogelijkheid om de vorderingsactie van een klager te beperken tot schadevergoeding. Wij zijn van mening dat in dit laatste geval ook een vordering tot schadevergoeding *in natura* niet meer mogelijk is. Een andere interpretatie zou immers leiden tot strijdigheid met de bedoeling van artikel 2, lid 6, van Richtlijn 89/665. De term schadevergoeding onder artikel 2, lid 6, van de Richtlijn moet volgens ons derhalve worden gelezen als 'schadevergoeding in geld.'

4.3 Derde niveau

Tenslotte is een zekere samenloop van eisen in kort geding en in de bodemprocedure mogelijk. Immers zowel in het Alcatel kort geding, indien dat wordt begonnen na het tot stand komen van een overeenkomst in strijd met de *stand still* periode, als in de bodemprocedure die wordt begonnen na het sluiten van de overeenkomst, kunnen schadevergoeding en nietigheid worden gevorderd. Dat komt omdat de Nederlandse wetgever (vooralsnog) geen gebruik heeft gemaakt van de hierboven al genoemde bevoegdheid van artikel 2, lid 6, van Richtlijn 89/665 te bepalen dat bij overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na een schending van de aanbestedingsregels slechts een schadevergoeding kan worden toegekend.

Een eiser kan, met andere woorden, ook na het sluiten van de overeenkomst nog steeds proberen zelf de opdracht te verwerven. Zoals hierboven

48 Hof 's-Gravenhage 14 september 2006, zaak 05/241 HA ZA 02-13, *BR* 2007, 344 (Gemeente Rotterdam/BRF).

49 Hof Amsterdam 15 december 2005, zaak 1947/05 SKG, *LJN* AV3114 (IHD Airport Services BV/Schiphol Nederland BV), r.o. 4.6.

is uiteengezet zullen zijn kansen op succes echter afhangen van de aard van de opdracht, alsook van de voortvarendheid waarmee hij procedeert. Het spreekt derhalve voor zich dat de kansen om alsnog gunning af te dwingen aanzienlijk kleiner zijn in een bodemprocedure na het sluiten van de overeenkomst, dan in een kort geding procedure voor het sluiten van de overeenkomst.

5 TOT SLOT

Met betrekking tot de mogelijkheden voor een eiser die nog wil proberen de opdracht te verwerven of schadevergoeding vordert brengt de bovenstaande analyse ons tot vier te onderscheiden situaties, afhankelijk van de twee vragen of de overeenkomst al is gesloten (*i.e.* definitief gegund), en of dat is gebeurd overeenkomstig de *stand still* verplichting.

- *De opdracht is nog niet definitief gegund, de* stand still *periode is nog van kracht*: de eiser kan toewijzing van de opdracht aan zichzelf vorderen en/of een (voorschot tot) schadevergoeding. De meest aangewezen route is een Alcatel kort geding (zolang althans de initiële, niet verlengde Alcatel termijn niet is verstreken). Een bodemprocedure is in principe mogelijk, maar ligt gezien het tijdsbeslag niet in de rede. Zolang de opdracht niet definitief is gegund is een nietigheidsvordering niet aan de orde.
- *De opdracht is nog niet definitief gegund, maar de (al dan niet verlengde)* stand still *periode is verlopen*: de eiser is niet meer ontvankelijk in een Alcatel kort geding, althans indien deze termijn ook als vervaltermijn is opgenomen in de aanbestedingsvoorschriften. Als echter in de periode voor definitieve gunning nieuwe feiten bekend worden zal hij toch nog een kort geding kunnen of zelfs moeten starten en daarin toewijzing aan zichzelf vorderen. Hij zal snel moeten reageren. Als hij met deze eis wacht tot na de definitieve gunning kan hij het laten verlopen van deze gelegenheid tegengeworpen krijgen bij zijn vordering tot ontbinding. Het eisen van een schadevergoeding is nog steeds mogelijk in een bodemprocedure.
- *De opdracht is definitief gegund in strijd met de* stand still *verplichting die nog van kracht is*: op voorwaarde dat geen algemene vervaltermijnen zijn verlopen kan de eiser ontbinding vorderen en toewijzing aan zichzelf en/of een schadevergoeding. De meest aangewezen route lijkt een kort geding (zolang althans de initiële, niet verlengde Alcatel termijn niet is verstreken), maar ook het starten van een bodemprocedure is mogelijk.
- *De opdracht is definitief gegund terwijl geen (al dan niet verlengde)* stand still *verplichting meer geldt*: op voorwaarde dat geen algemene vervaltermijnen zijn verlopen kan de eiser ontbinding vorderen en toewijzing aan zichzelf en/of een schadevergoeding. Een Alcatel kort geding is niet meer mogelijk, maar het starten van een bodemprocedure in principe nog wel.

Uit deze afsluitende opmerkingen blijkt dat een eiser bijzonder alert moet zijn op de verschillende vervaltermijnen voor het instellen van zijn beroepsprocedure en het formuleren van zijn eisen. Dit geldt met name met betrekking tot de eis tot onverbindend verklaring of nietigheid, waar de mogelijkheden bovendien sterk afhankelijk zullen zijn van de aard van de opdracht en de overige omstandigheden van het geval. De mogelijkheden voor het eisen van een schadevergoeding blijken robuuster.

Een eventuele klager zal rekening moeten houden met de mogelijkheid van samenloop of samenhang van de verschillende procedures en vorderingen. De noodzaak de te volgen processtrategie van te voren goed te plannen zal na de implementatie van het huidige Wijzigingsvoorstel alleen nog maar toenemen.

10 Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid.

Over de exclusieve aansprakelijkheid van bepaalde personen, mede in het licht van de toezichthoudersproblematiek

K.J.O. Jansen▪

1 INLEIDING

Deze bijdrage ziet op een onderwerp dat doorgaans niet onder de noemer 'samenloop' wordt gebracht, hoewel het daar strikt genomen wel onder valt.[1] Ik doel op de samenloop van aansprakelijkheden van verschillende personen. Een dergelijke vorm van samenloop doet zich voor indien het wettelijk stelsel terzake van één en hetzelfde schadefeit verschillende (rechts)personen aanwijst als potentieel aansprakelijke partij. De reden dat men niet snel geneigd is om hier van 'samenloop' te spreken is waarschijnlijk dat de bedoelde gevallen normaliter geen aanleiding geven tot *problemen* van samenloop. De wet is ten aanzien van deze gevallen van 'medeschuld' immers duidelijk: rust op ieder van twee of meer personen de verplichting tot vergoeding van dezelfde schade, dan zijn zij extern – in hun verhouding tot het slachtoffer – hoofdelijk verbonden en intern – in hun onderlinge verhouding – gehouden tot verrekening (art. 6:102 lid 1 BW).[2] Een soort 'alternativiteit' dus, om in het samenloop-jargon te spreken: het slachtoffer kan kiezen op welk van de daders hij zijn schade verhaalt en het is vervolgens aan de aangesproken partij om te trachten de door hem betaalde vergoeding weer (gedeeltelijk) van zijn mededader(s) vergoed te krijgen.

Hoewel de hier bedoelde vorm van samenloop dus op het eerste gezicht is gedekt door het wettelijk systeem, kunnen er in dit verband wel degelijk problemen ontstaan. Het is namelijk denkbaar dat een samenloop van aansprakelijkheden in een concreet geval ongewenst is. Zoals in het algemeen een bepaalde wettelijke regel in de verdrukking kan komen door toepassing van

---

▪ K.J.O. Jansen is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Vgl. C.A. Boukema, *Samenloop*, Mon. BW A-21, Deventer: Kluwer 1992, p. 3, die het onderwerp op praktische, en niet op principiële gronden buiten beschouwing laat.

2 Dat is althans het uitgangspunt van art. 6:102 BW. Uit bijzondere wetsbepalingen (zoals art. 6:170 lid 3 BW) kan anders volgen, terwijl ook de toepassing van art. 6:102 zelf (in verbinding met art. 6:101 BW) ertoe kan leiden dat één van beide partijen niet draagplichtig is. Vgl. W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 118 e.v.

een andere, daarmee samenlopende wetsbepaling – hetgeen dan moet worden opgelost met exclusiviteit van de eerstbedoelde regel[3] –, zo kan ook (meer specifiek) in het aansprakelijkheidsrecht de situatie zich voordoen dat de aansprakelijkheid van de ene partij zich zozeer 'opdringt' dat het onwenselijk is om een eventuele aansprakelijkheid van een andere partij daarmee te laten samenlopen. In een dergelijke situatie zal soms moeten worden gekozen voor, wat men zou kunnen noemen, 'exclusiviteit' van de eerstbedoelde aansprakelijkheid. Belangrijke voorbeelden zijn te vinden in de afdelingen 6.3.2 (Aansprakelijkheid voor personen en zaken) en 6.3.3 BW (Productenaansprakelijkheid). Daar heeft de wetgever op diverse punten gekozen voor *kanalisering* van aansprakelijkheid,[4] hetgeen betekent dat de desbetreffende aansprakelijkheid – in dit verband meestal een risicoaansprakelijkheid – zoveel mogelijk wordt geleid naar één bepaalde persoon en dat samenloop met andere (risico)aansprakelijkheden zoveel mogelijk wordt vermeden.[5] Het bekendste voorbeeld is waarschijnlijk de kanalisering van de productenaansprakelijkheid naar de producent. Is er schade veroorzaakt door een gebrekkig product in de zin van art. 6:186 jo. 6:187 BW, dan is noch de bezitter van dat product (art. 6:173 lid 2 BW), noch de verkoper ervan (art. 7:24 lid 2 BW) aansprakelijk, maar wordt de aansprakelijkheid exclusief naar de producent van het product geleid (art. 6:185 BW).[6]

De welbewuste keuze van de wetgever om in bepaalde gevallen door middel van kanalisering een exclusieve aansprakelijkheid van bepaalde personen te creëren, doet in het licht van de thematiek van deze bundel allereerst de vraag rijzen wat de *argumenten* voor een dergelijke keuze zouden kunnen zijn. Wat heeft de wetgever ertoe bewogen om een eventuele samenloop van risicoaansprakelijkheden in de desbetreffende gevallen principieel uit de weg te gaan? Ter beantwoording van deze vraag volgt hieronder allereerst, in paragraaf 2, een inventarisatie van de belangrijkste gevallen van kanalisering in de genoemde afdelingen, waarna in paragraaf 3 de in dit verband door de wetgever gebezigde argumentatie wordt geanalyseerd.

In het verlengde hiervan rijst echter nog een tweede vraag, namelijk de vraag of de bedoelde argumenten wellicht een bredere betekenis hebben, in

---

3 Dat doet zich met name voor indien een bijzondere wetsbepaling ten opzichte van een meer algemene bepaling *beperkingen* kent. Om te voorkomen dat zo'n bijzondere bepaling zijn zin verliest is dan, zo wordt geleerd, exclusiviteit van de bijzondere bepaling noodzakelijk. Zie voor een recent voorbeeld HR 15 juni 2007, *RvdW* 2007, 581 (Fernhout/Essent).

4 Men kan ook spreken van 'kanalisatie', maar ik gebruik in deze bijdrage, in navolging van de wetgever, de term 'kanalisering'.

5 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 8. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, 'Centralisering van aansprakelijkheden', *NJB* 1995, p. 274 en J. Spier & C.H.W.M. Sterk, *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, Deventer: Kluwer 1995, p. 32.

6 Ter voorkoming van misverstand zij hier reeds opgemerkt dat deze kanalisering niet zo ver gaat, dat ook een algemene onrechtmatigedaadsvordering tegen anderen dan de producent uitgesloten zou zijn. De weg van art. 6:162 BW blijft dus open staan. Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 636, nr. 3, p. 7.

die zin dat zij ook buiten het kader van de kanalisering van risicoaansprakelijkheid van belang kunnen zijn. Ik denk dan met name aan het perspectief van de rechter: zou het denkbaar zijn dat de rechter in een concreet geval een op zichzelf gegeven aansprakelijkheid terzijde schuift in verband met de aansprakelijkheid van een andere partij, die hij, kort gezegd, van groter gewicht acht? Teneinde deze vraag enigszins te concretiseren, concentreer ik mij in paragraaf 4 op een specifiek probleem, dat in de afgelopen jaren (vooral in de literatuur) steeds meer aandacht heeft gekregen: de aansprakelijkheid van toezichthouders.[7] Met toezichthouders wordt gedoeld op personen of instanties, van privaat- of publiekrechtelijke signatuur, die tot taak hebben toe te zien op bepaalde activiteiten van andere personen of instanties. Ontstaat schade als gevolg van het onrechtmatige gedrag van een (rechts)persoon, met de controle waarvan een toezichthouder is belast, dan kan de gelaedeerde hetzij de primaire veroorzaker – de bedoelde (rechts)persoon – aanspreken op grond van diens onrechtmatige gedrag, hetzij de toezichthouder op grond van diens eventuele 'toezichtsfalen'. Kiest hij voor het laatste, dan rijst de vraag of de toezichthouder, die de schade in wezen slechts op indirecte wijze – namelijk door een ontoereikende controle – heeft veroorzaakt, (niettemin) aansprakelijk kan worden gehouden. In de literatuur is wel gesuggereerd dat de toezichthouder hier buiten schot zou moeten blijven, omdat op hem slechts een 'afgeleide aansprakelijkheid' rust.[8] De toezichthouder, zo luidt de redenering, is niet meer dan 'zijdelingse laedens'. De primaire dader is de ware boosdoener, zodat op hém de aansprakelijkheid zou moeten rusten.[9] Dit lijkt op een kanaliseringsconstructie, op grond waarvan de aansprakelijkheid exclusief naar de primaire dader wordt geleid. Hiermee rijst de vraag of de rechter zich bij de keuze voor een dergelijke constructie zou kunnen laten inspireren door de argumenten voor wettelijke kanalisering van risicoaansprakelijkheid. In paragraaf 4 zal ik die vraag trachten te beantwoorden. Pararagraaf 5 behelst een afronding en conclusie.

---

7 Zie daarover bijv. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005, C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders*, 2006, te vinden op: <www.wodc.nl> en G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht', *RM Themis* 2007, p. 127-140.

8 Vgl. Giesen 2005, p. 37-45 en Van Rossum 2005, p. 91-97. Beide auteurs verwerpen overigens deze suggestie.

9 Voor de volledigheid merk ik op dat schadeclaims tegen toezichthouders niet altijd zien op een 'afgeleide' aansprakelijkheid. Het is immers denkbaar dat de toezichthouder zelf (tevens) de primaire dader is, zoals wanneer een wegbeheerder de onder zijn toezicht vallende weg onveilig inricht en aldus een ongeval veroorzaakt. Vgl. Van Rossum, p. 91. In een dergelijk geval gaat het echter naar mijn mening niet om aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, maar 'gewoon' om aansprakelijkheid voor (een directe vorm van) gevaarzetting. Ik laat dergelijke gevallen hier dan ook buiten beschouwing.

2 KANALISERING VAN RISICOAANSPRAKELIJKHEID: EEN INVENTARISATIE

2.1 Algemeen

Bij de invoering van de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW heeft de wetgever als globaal uitgangspunt voor ogen gehad dat de aldaar geregelde risicoaansprakelijkheden[10] niet onnodig met elkaar moeten samenlopen.[11] Deze benadering past in een bredere ontwikkeling in ons aansprakelijkheidsrecht, die door Vranken is aangeduid als de *'centralisering'* van aansprakelijkheid.[12] Naarmate de organisatiestructuur van de maatschappij als gevolg van technische en sociaal-economische ontwikkelingen complexer wordt, groeit ook de onduidelijkheid omtrent de verantwoordelijkheid voor in de maatschappij bestaande risico's. 'De schuldvraag wordt fijngemalen in een netwerk van betrokkenen, die allemaal slechts voor hùn onderdeel aansprakelijk zijn', aldus Vranken. Hierdoor ontstaat behoefte aan een 'centraal adres'[13] voor aansprakelijkheid, zodat niet alleen voor benadeelden maar ook voor potentieel aansprakelijke partijen op voorhand duidelijk is bij wie een bepaald risico behoort te rusten. Kanalisering van aansprakelijkheid voorziet in die behoefte.

Hoewel de wetgever de bedoelde centraliseringsgedachte niet tot in haar uiterste consequenties heeft doorgevoerd – daartoe had de wetgever bijvoorbeeld de werking van art. 6:162 BW moeten uitschakelen in geval van toepasselijkheid van enige risicoaansprakelijkheid (quod non[14]) en had hij ook de mogelijkheid van regres door risicoaansprakelijke partijen in algemene zin moeten uitsluiten (quod non[15]) – heeft die gedachte, blijkens de diverse gevallen van kanalisering in het BW, kennelijk wel een belangrijke bron van inspiratie gevormd.[16] Ter illustratie daarvan volgt hieronder een inventarisatie van

10 De bedoelde kwalitatieve aansprakelijkheden duid ik voor het gemak steeds aan als risicoaansprakelijkheden, ook voorzover zij (deels) het karakter hebben van een schuldaansprakelijkheid.

11 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 8.

12 Zie J.B.M. Vranken, 'De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk & B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 252-253.

13 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3, p. 43.

14 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 636, nr. 3, p. 7 en MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 10.

15 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 746.

16 Ten overvloede zij hier vermeld dat de centraliseringsgedachte niet bij alle risicoaansprakelijkheden doorslaggevend is geweest. Zo kunnen de aansprakelijkheid voor ondergeschikten (art. 6:170 BW) en die voor niet-ondergeschikten (art. 6:171 BW) wel degelijk samenlopen. Indien bijv. schade is veroorzaakt door een werknemer van een onderaannemer, kunnen zowel de werknemer (ex art. 6:162 BW) als de onderaannemer (ex art. 6:170 BW) en de hoofdaannemer (ex art. 6:171 BW) hiervoor aansprakelijk zijn. Vgl. Tjittes 1995, p. 275-276.

de in de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW te vinden kanaliseringsconstructies.[17] Het gaat dan met name om de art. 6:173-177 BW en 6:185 BW.

2.2 Aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken en/of producten

Art. 6:173 BW

Art. 6:173 lid 1 BW stelt als uitgangspunt voorop dat voor schade veroorzaakt door een gebrekkige roerende zaak de *bezitter* van die zaak aansprakelijk is (aangenomen dat aan de bekendheidseis is voldaan en de tenzij-formule niet opgaat). Aldus is de aansprakelijkheid gecentraliseerd bij degene die, aldus de wetgever:[18]

> 'gezien vanuit de benadeelde, gemakkelijk als aansprakelijke is op te sporen en voor wie het ook als een voor de hand liggende maatregel kan worden beschouwd zich tegen het risico van deze aansprakelijkheid te verzekeren, zo hij dit risico niet zelf wenst te dragen.'

Kwalificeren verschillende personen als bezitter, dan zijn zij op grond van art. 6:180 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk. De reden voor het toelaten van deze (beperkte) vorm van samenloop is – dat ligt voor de hand – een gedachte van slachtofferbescherming. In de ogen van de wetgever zou het niet wenselijk zijn om het slachtoffer te belasten met de beantwoording van de vraag hoeveel medebezitters er in het spel zijn en hoe zij zich tot elkaar verhouden.[19] Tegen die achtergrond acht de wetgever het passend dat het slachtoffer eenvoudigweg de voor hem meest 'toegankelijke' bezitter kan aanspreken.

Art. 6:180 lid 2 BW bevat nog een bijzondere regel omtrent het bezittersbegrip, die als een kanaliseringsconstructie kan worden beschouwd. Op grond van lid 2 rust de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken in geval van overdracht onder eigendomsvoorbehoud vanaf het tijdstip van overdracht exclusief op de *verkrijger*. Hoewel die verkrijger op dat moment goederenrechtelijk gezien nog geen bezitter is – dat is immers, tot aan het moment van voldoening van de tegenprestatie, de vervreemder – wordt de risicoaansprakelijkheid al wel naar hem gekanaliseerd, kennelijk omdat de verkrijger van de

17 Met het oog op de omvang van deze bijdrage laat ik de diverse andere gevallen van kanalisering in het BW buiten beschouwing. Zie bijv. voor het zeerecht art. 8:623 lid 4, 8:1033 lid 4, 8:1213 lid 4 en 8:1673 lid 4 BW. Zie voorts bijv. art. 7:507 BW over de aansprakelijkheid van de reisorganisator. Vgl. ook art. 7:462 BW inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst, dat weliswaar geen 'echte' kanalisering van aansprakelijkheid bevat, maar wel op een centraliseringsgedachte is gebaseerd. Zie uitgebreider over deze bepalingen Tjittes 1995, p. 277-278.

18 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 745. Het citaat heeft overigens betrekking op de bezittersaansprakelijkheid in algemene zin, dus ook op de (huidige) art. 6:174 en 6:179 BW.

19 Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 766, waar (kennelijk) wordt verwezen naar TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 756. Vgl. ook *T&C Vermogensrecht* (2007), art. 6:180, aant. 1 (Lankhorst).

gebrekkige zaak hier als het meest logische aanspreekpunt voor de gelaedeerde wordt beschouwd.[20]

Een volgende kanaliseringsconstructie met betrekking tot de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken ligt besloten in art. 6:181 BW. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat, wanneer de zaak wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, de aansprakelijkheid ex art. 6:173 BW exclusief op de *bedrijfsmatige gebruiker* van de zaak rust, en dus niet op de bezitter. Ter rechtvaardiging van deze regel werd door de wetgever destijds opgemerkt:[21]

> 'Het is zeer wel denkbaar dat een ondernemer zijn bedrijf uitoefent op grond in een gebouw waarvan hij eigenaar noch erfpachter is, met machines die hij gehuurd heeft (leasing) en daarbij gevaarlijke stoffen verwerkt of bewerkt die al evenmin zijn eigendom zijn. Vindt in een dergelijk geval bijv. een explosie plaats, waarvan de oorzaak niet in details opgehelderd kan worden, dan moet zich ter vaststelling van de aansprakelijkheid niet een discussie hoeven te ontketenen of de schade nu is ontstaan door een gebrek van een zaak (of een bestanddeel) die door de grond is nagetrokken en waarvan dus de grondeigenaar bezitter was [art. 6:174 BW], dan wel door een gebrek van een zaak die aan de ondernemer verhuurd was en waarvan dus de verhuurder bezitter was [art. 6:173 BW], dan wel door een gevaarlijke stof die door een derde ter verwerking was gegeven [art. 6:175 BW], dan wel door een zaak of een stof waarvan de ondernemer zelf bezitter was of door een fout van een persoon waarvoor hij krachtens de artikelen [6:170] of [6:171 BW] aansprakelijk is. Enerzijds zou dit de benadeelde – hoezeer men met de voormelde aansprakelijkheden stuk voor stuk aan zijn belangen tegemoet beoogt te komen – in de onbevredigende positie plaatsen dat hij tussen vele potentiële aansprakelijken zal moeten kiezen, terwijl de gevolgen voor hem zijn als hij verkeerd kiest. Anderzijds zou dit het risico aan de zijde van het bedrijf buitengewoon onoverzichtelijk maken. Door de aansprakelijkheid te concentreren bereikt men dat het als één risico kan worden berekend en verzekerd en dat de premie zijn bedrijfseconomische rol kan spelen waar zij dit behoort te doen, nl. als verliespost in het bedrijf dat het desbetreffende bedrijfsrisico loopt.'

Lid 2 van art. 6:181 BW bevat nog een nadere precisering van de kanaliseringsconstructie van lid 1. Lid 2 ziet op de situatie dat verschillende personen als bedrijfsmatig gebruiker in de zin van lid 1 kunnen worden beschouwd, zoals met name in geval van huur of leasing van de betreffende zaak. In die situatie wordt de aansprakelijkheid van art. 6:173 BW volgens art. 6:181 lid 2 BW gekanaliseerd naar de *laatste schakel* in de keten van bedrijfsmatige gebrui-

20 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 766-767.

21 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 745-746. Zoals blijkt uit de bewoordingen van het citaat heeft het betrekking op de gebruikersaansprakelijkheid in algemene zin, dus ook op de (huidige) art. 6:174 en 6:179 BW, alsmede op het ontwerp-artikel 6.3.2.6 BW, dat als voorloper van het huidige art. 6:175 BW kan worden beschouwd.

kers,[22] met andere woorden naar degene die de zaak daadwerkelijk in de uitoefening van zijn bedrijf 'gebruikte'.[23]

De tot zover besproken kanaliseringsconstructies zijn voor de hand liggend in die zin, dat zij ieder voor zich kunnen worden beschouwd als een uitvloeisel van de kennelijk aan art. 6:173 lid 1 BW ten grondslag liggende gedachte dat de benadeelde terzake van schade in verband met een gebrek van een roerende zaak steeds díe persoon moet kunnen aanspreken, die (ook) in zijn eigen perceptie zal gelden als de primair verantwoordelijke partij. De bezitter (art. 6:173 lid 1 BW) c.q. de medebezitters (art. 6:180 lid 1 BW), de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud (art. 6:180 lid 2 BW) en de bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:181 lid 1 BW) c.q. de 'laatste' bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:181 lid 2 BW): in het algemeen zullen zij voor de benadeelde inderdaad het 'dichtstbijzijnde', meest logische aanspreekpunt vormen. In vergelijking hiermee lijkt de nu te bespreken kanalisering van productenaansprakelijkheid in veel mindere mate aan te sluiten bij het perspectief van het slachtoffer.

Art. 6:173 lid 2 BW bepaalt dat, indien de gebrekkige roerende zaak (tevens) kwalificeert als een gebrekkig product in de zin van art. 6:186 jo. 6:187 BW, de aansprakelijkheid van de bezitter op grond van art. 6:173 BW (in beginsel) vervalt. De desbetreffende aansprakelijkheid wordt, zo blijkt vervolgens uit art. 6:185 e.v. BW, exclusief naar de *producent* geleid. Ter onderbouwing van deze constructie overwoog de wetgever destijds:[24]

> 'Verwacht mag worden dat in een belangrijk aantal gevallen waarin een gebrek van een roerende zaak tot aansprakelijkheid op grond van [art. 6:173 BW] leidt, tevens sprake zal zijn van een gebrek als bedoeld in de bepalingen betreffende produktenaansprakelijkheid. Dat zich een dergelijke samenloop voordoet zal in de regel ook niet moeilijk zijn vast te stellen. In deze omstandigheden kwam het wenselijk voor om een kanalisering van de aansprakelijkheid tot stand te brengen, zoals in [art. 6:173 lid 2 BW] neergelegd is. (…) Een van de gevolgen van deze opzet is dat schade door gebreken van roerende zaken, die aanleiding tot aansprakelijkheid van de producent kunnen geven, in de eerste plaats door diens aansprakelijkheidsverzekering zal dienen te worden gedekt, en dat de schadelast waarmee rekening moet worden gehouden bij verzekering van de aansprakelijkheid van degene van wie op grond van [art. 6:173 BW] schadevergoeding gevorderd kan worden, substantieel vermindert. Tegen de achtergrond van dit een en ander is het geen onoverkomelijk bezwaar geoordeeld dat [art. 6:173 lid 2 BW] de situatie voor het slachtoffer gecompliceerder maakt en dat hij, om er zeker van te zijn dat hij zijn schade vergoed krijgt, soms genoodzaakt zal zijn zowel de producent aan te spreken als de bezitter van de zaak of degene die deze in de zin van [art. 6:181 BW] in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikte.'

22 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 746.
23 Zie voor een toepassing Hof Arnhem 13 juli 1999, *NJ* 2000, 58.
24 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 13.

Afgezien hiervan was de keuze voor de kanaliseringsconstructie van art. 6:173 lid 2 BW mede ingegeven door het stelsel van de EG-richtlijn productenaansprakelijkheid,[25] waarop de art. 6:185 e.v. BW zijn gebaseerd. In dit verband werd door de wetgever destijds opgemerkt:[26]

> 'Vermeden dient te worden dat de bezitter van een zaak of degene die deze in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt in geval van een gebrek dat bij het in het verkeer brengen van de zaak door de producent reeds bestond, aansprakelijk is, ook in gevallen dat de producent zelf dat volgens de richtlijn niet is'.

Art. 7:24 BW

Zoals bekend is een zelfde kanaliseringsconstructie doorgevoerd ten aanzien van de consumentenkoop in art. 7:24 lid 2 BW. Is er sprake van non-conformiteit in verband met het feit dat de verkochte zaak kwalificeert als een gebrekkig product in de zin van art. 6:186 jo. 6:187 BW, dan is de verkoper (in beginsel) niet aansprakelijk – althans niet voor 'gevolgschade' in de zin van art. 6:190 lid 1 BW[27] – en wordt de aansprakelijkheid op grond van art. 6:185 e.v. BW gekanaliseerd naar de *producent*. Hierbij heeft vooral een rol gespeeld de gedachte dat de bescherming van de consument-koper niet ten koste mag gaan van de verkoper-detaillist.[28] Daarnaast was kennelijk van belang de praktische overweging dat een samenlopende aansprakelijkheid van verkoper en producent in dit verband zou kunnen leiden tot een inefficiënte 'keten van regresvorderingen'.[29] Overigens is de kanaliseringsconstructie van art. 7:24 lid 2 BW in de literatuur op kritiek gestuit.[30] Met name het feit dat alleen de consument-koper wordt doorverwezen naar de producent, en alle overige kopers dus wél gewoon de verkoper kunnen aanspreken, wordt als een ongerijmdheid beschouwd.[31]

Art. 6:185 e.v. BW

Hierboven werd, gemakshalve, steeds gesproken over kanalisering naar de 'producent' op grond van art. 6:185 e.v. BW. Die aanduiding is echter nog enigszins globaal, aangezien het begrip 'producent' in afdeling 6.3.3 (Productenaansprakelijkheid) heel precies en gedetailleerd is omlijnd. Volgens art. 6:187 lid 2 BW wordt onder producent verstaan (i) de fabrikant van een *eindproduct*, (ii) de producent van een *grondstof* of (iii) de fabrikant van een *onder-*

25 Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (*Pb EG* 1985, L. 210/29).
26 Nota II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 Inv.*, p. 1387.
27 Voor (onder meer) transactieschade (bijv. schade aan de gebrekkige zaak zelf) kan de verkoper wel aansprakelijk zijn. Zie Asser/Hijma 5-I, nr. 448.
28 Zie bijv. TC, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 159. Deze gedachte zal, opnieuw, mede zijn ingegeven door het eerdergenoemde stelsel van de richtlijn productenaansprakelijkheid.
29 Vgl. TC, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 238. Zie ook Asser/Hijma 5-I, nr. 444.
30 Zie Asser/Hijma 5-I, nr. 445.
31 Vgl. L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 94-95.

deel, alsmede (iv) een ieder die zich als producent *presenteert* door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het product aan te brengen. Lid 3 voegt nog toe dat ook (v) degene die het gebrekkige product in de Europese Economische Ruimte *invoert*, als producent kan worden beschouwd. Mocht het onmogelijk zijn om vast te stellen wie de producent of de importeur van het product is, dan kan op grond van lid 4 eventueel nog (vi) de *leverancier* van het product als producent worden beschouwd.[32] In dat geval komt de benadeelde dus via een omweg alsnog bij zijn verkoper-wederpartij terecht. Dit is echter slechts een noodvoorziening voor de gevallen waarin producent en importeur, zoals gezegd, onvindbaar zijn.

Rollen er, op grond van deze definities van art. 6:187 BW, twee of meer 'producenten' uit de bus, dan zijn zij op grond van art. 6:189 BW hoofdelijk aansprakelijk.[33] In zoverre is dus binnen afdeling 6.3.3 BW samenloop van aansprakelijkheden mogelijk. Een kanaliseringsconstructie is evenwel te vinden in art. 6:185 lid 1 sub f BW. Daaruit blijkt dat de hierboven sub (ii) en (iii) bedoelde producenten – respectievelijk de producent van een grondstof en de fabrikant van een onderdeel – zich aan aansprakelijkheid kunnen onttrekken door aan te tonen dat het gebrek in kwestie is te wijten aan het productontwerp van de hoofdproducent of aan de instructies die de hoofdproducent heeft verstrekt. Ten aanzien van niet-gebrekkige grondstoffen en halffabrikaten vindt dus kanalisering naar de *hoofdproducent* plaats, kennelijk omdat die in dit verband als eindverantwoordelijke wordt beschouwd.

Een tweede kanaliseringsconstructie binnen afdeling 6.3.3 BW ligt besloten in het bekende art. 6:190 lid 1 sub b BW. Aldaar is geregeld – althans zo wordt de betreffende bepaling (in Nederland) doorgaans opgevat[34] – dat de producent voor 'kleine claims' (claims die in omvang onder de wettelijke franchise van € 500 blijven) niet aansprakelijk is. Uit artikel 7:24 lid 2 sub c BW blijkt vervolgens – althans in de bovenbedoelde gangbare opvatting – dat de productenaansprakelijkheid terzake van die kleine claims naar de verkoper wordt gekanaliseerd. Deze kanalisering is ingevoerd enerzijds omdat men wilde voorkomen dat de producent met talloze van zulke 'futiele' vorderingen zou worden geconfronteerd,[35] en anderzijds omdat men aannam dat de desbetreffende kleine claims voor verkopers goed verzekerbaar zouden zijn.[36]

32 De leverancier kan hieraan ontkomen door binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent of de importeur, dan wel van degene die het product aan hem heeft geleverd, aan de benadeelde mede te delen.

33 Deze regel is vergelijkbaar met die van art. 6:180 lid 1 BW betreffende het medebezit.

34 Er wordt wel over getwist of het hier een zogenaamde aftrekfranchise dan wel een drempelfranchise betreft. Ik ga hier uit van het laatste. Vgl. Asser/Hijma 5-I, nr. 452.

35 Vgl. MO II, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 166.

36 Vgl. NvW 3, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 179.

Art. 6:175-177 lid 5 BW

In het kader van deze inventarisatie van kanaliseringsconstructies met betrekking tot de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken zij hier ten slotte nog gewezen op de respectieve leden 5 van de art. 6:175, 6:176 en 6:177 BW (welke artikelen in par. 2.4 nader aan de orde komen). De bedoelde leden beogen een samenloop van de bezittersaansprakelijkheid van art. 6:173 BW met de gebruikers- en exploitantenaansprakelijkheid van de art. 6:175-177 BW te voorkomen door de (eventuele) aansprakelijkheid ex art. 6:173 BW te kanaliseren naar de personen die op grond van art. 6:175-177 BW aansprakelijk zijn. Uit de gekozen bewoordingen ('rust de aansprakelijkheid uit [art. 6:173 BW] op') blijkt dat de hier gecreëerde kanalisering niet gepaard gaat met exclusiviteit van de regimes van art. 6:175-177 BW. De benadeelde kan, met andere woorden, kiezen of hij zijn vordering baseert op art. 6:173 BW dan wel op de art. 6:175-177 BW, zolang hij zijn vordering maar richt tot de persoon die ingevolge art. 6:175-177 BW aansprakelijk is.[37] Kanalisering van aansprakelijkheid en exclusiviteit van het desbetreffende normstelsel gaan dus niet noodzakelijk (maar in de praktijk wel dikwijls) hand in hand.[38]

2.3 Aansprakelijkheid voor opstallen

Art. 6:174 lid 1 BW stelt als uitgangspunt voorop dat voor schade veroorzaakt door een gebrekkige opstal de *bezitter* van die opstal aansprakelijk is (aangenomen dat de tenzij-formule niet opgaat). Lid 5 formuleert in dit verband ten gerieve van de benadeelde een bewijsregel, die inhoudt dat degene die in de openbare registers als *eigenaar* van de opstal of van de grond staat ingeschreven, behoudens tegenbewijs wordt vermoed bezitter te zijn. In geval van erfpacht wordt de aansprakelijkheid gekanaliseerd naar de *bezitter van het erfpachtsrecht*, aldus lid 2, eerste volzin. Is er sprake van medebezit, dan zijn de verschillende bezitters, evenals in het kader van art. 6:173 BW, hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:180 lid 1 BW). Ook de eerder besproken regel van art. 6:180 lid 2 BW geldt ten aanzien van art. 6:174 BW: in geval van overdracht van een opstal onder eigendomsvoorbehoud wordt de *verkrijger* reeds vanaf het tijdstip van overdracht als aansprakelijke persoon beschouwd.

Wordt de opstal gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, dan is de *bedrijfsmatige gebruiker* exclusief aansprakelijk,[39] tenzij een 'functioneel verband'

37 De wetgever spreekt in dit verband van 'alternativiteit'. Zie MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 9. Vgl. ook E. Bauw, *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1994, p. 209-210.

38 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het pikmeer*, oratie Groningen, Deventer: Kluwer 1997, p. 15-16, die het door de wetgever gekozen stelsel bekritiseert.

39 In een recente zaak lijkt de Rechtbank Amsterdam ten onrechte uit te gaan van de veronderstelling dat bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van de opstal náást elkaar aansprakelijk zijn. Zie Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *NJF* 2007, 341, r.o. 4.4.

tussen de schade en de bedrijfsuitoefening ontbreekt (art. 6:181 lid 1 BW).[40] In dat geval prevaleert de aansprakelijkheid van de *bezitter* van de opstal. De regel van art. 6:181 lid 2 BW, dat de risicoaansprakelijkheid zonodig naar de *laatste schakel* in de keten van bedrijfsmatige gebruikers wordt gekanaliseerd, is hierboven reeds besproken en geldt ten aanzien van de aansprakelijkheid voor opstallen eveneens.

Voor openbare wegen, gedefinieerd in art. 6:174 lid 6 BW, is blijkens de tweede volzin van lid 2 de *wegbeheerder* aansprakelijk. Voor leidingen is dat de *leidingbeheerder*, tenzij de leiding in kwestie een functionele eenheid vormt met een gebouw of werk (lid 2). In dat geval prevaleert de aansprakelijkheid van de *bezitter* van de desbetreffende opstal, omdat de schadeoorzaak dan doorgaans meer in diens sfeer dan in de sfeer van de leidingbeheerder zal liggen.[41] De wetgever formuleerde het destijds als volgt:[42]

> 'In vele gevallen zal de oorzaak van de schade (…) zijn [gelegen] in gedragingen van de gebruikers van het gebouw of werk, die zich aan de waarneming van de leidingbeheerder onttrekken en in de regel moeilijk bewijsbaar zullen zijn. Bovendien is denkbaar dat de oorzaak van de schade niet zozeer is gelegen [in] een gebrek van de leiding zelf als wel in een gebrek van het gebouw of werk (verzakking), dat tot beschadiging van de leiding heeft geleid. Het zal dan een benadeelde derde die moet beslissen wie hij aanspreekt, vaak niet gemakkelijk vallen uit te maken tot wie hij zich het best kan richten. Om deze redenen is er de voorkeur aan gegeven in deze gevallen de aansprakelijke personen te laten aanwijzen door de hoofdregel van het eerste lid, zodat zij rust op de bezitter van het gebouw of werk waarvan de leiding deel uitmaakt.'

De aansprakelijkheid voor 'ondergrondse werken' wordt blijkens art. 6:174 lid 3 BW gekanaliseerd naar degene die ten tijde van het bekend worden van de schade het werk *in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt*. De betreffende aansprakelijkheid blijft bij deze persoon rusten, ook als na het bekend worden van de schade een nieuwe gebruiker ten tonele verschijnt. Wordt de schade pas na beëindiging van de ondergrondse werkzaamheden bekend, dan geldt de *laatste gebruiker* als aansprakelijke persoon. Deze kanalisering naar de bedrijfsmatige gebruiker is tot stand gebracht om te voorkomen dat de bezitter van de bovengrond risicoaansprakelijk zou zijn voor schade in verband met ondergrondse werken. De wetgever overwoog in dit verband:[43]

> 'Het voorgestelde nieuwe derde lid voor artikel 6:174 BW kanaliseert nu de aansprakelijkheid voor schade door een ondergronds werk naar degene die dit werk in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt of heeft gebruikt, waar deze wellicht anders

40 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 746.
41 Vgl. *T&C Vermogensrecht* (2007), art. 6:174, aant. 2d (Lankhorst).
42 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 759-760.
43 MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 103-104.

> zou rusten op de eigenaar van de bovengrond. Aldus wordt de aansprakelijkheid gelegd op degene die een grotere mate van verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van de schade.'

Het is opmerkelijk dat een kanaliseringsconstructie met het oog op afdeling 6.3.3 BW (Productenaansprakelijkheid), zoals vastgelegd in art. 6:173 lid 2 BW, in art. 6:174 BW ontbreekt. De verklaring hiervoor lijkt te zijn gelegen in het feit dat de aansprakelijkheid voor opstallen ex art. 6:174 BW, anders dan de aansprakelijkheid voor roerende zaken ex art. 6:173 BW,[44] niet duidelijk met de productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW op één lijn ligt. Terwijl een gebrekkige roerende zaak dikwijls tevens een gebrekkig product zal zijn, vloeit een gebrek van een opstal in de praktijk lang niet altijd voort uit een gebrek in de bij de bouw van die opstal gebruikte producten. Enerzijds betekent dit dat een kanalisering naar de producent in art. 6:174 BW voor de benadeelde nadelig zou kunnen zijn, aangezien hij zich daardoor voor de lastige vraag gesteld zou zien of de gebrekkigheid van de opstal in het concrete geval aan een productiefout, dan wel aan andere factoren viel te wijten. Anderzijds zou de bedoelde kanalisering de bezitter van de opstal in termen van verzekerbaarheid nauwelijks soelaas bieden, aangezien diens risico door zulk een kanalisering niet wezenlijk verlicht en ook niet beter voorspelbaar zou worden, aldus de wetgever.[45]

Ten slotte zij nog vermeld dat een eventuele samenloop van art. 6:174 BW met de aansprakelijkheden van art. 6:175 en 6:177 BW is vermeden door middel van een kanaliseringsconstructie in de respectieve leden 5 van die laatste twee artikelen.[46] Zoals in paragraaf 2.2 al werd uiteengezet, gaan de desbetreffende bepalingen uit van de gedachte dat de benadeelde kan kiezen welk regime hij inroept (dat van art. 6:174 BW of dat van art. 6:175/6:177 BW), zolang hij zijn vordering maar richt tot degene die ingevolge art. 6:175 respectievelijk art. 6:177 BW aansprakelijk is.[47] Kanalisering zonder exclusiviteit van het toepasselijke normstelsel, kortom.

---

44 Vgl. het in par. 2.2 weergegeven citaat uit MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 13.

45 Dit lijkt althans de strekking van het (niet erg toegankelijk geformuleerde) antwoord dat de Regering gaf op een desbetreffende vraag van de kamercommissie. Zie MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 13-14.

46 In art. 6:176 is niet een dergelijke constructie gecreëerd, waarschijnlijk omdat samenloop tussen de aansprakelijkheid voor opstallen en de aansprakelijkheid terzake van stortplaatsen zich moeilijk laat indenken.

47 Aldus ook, specifiek met betrekking tot de samenloop van art. 6:174 en 6:177 BW, MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 104.

2.4 Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en milieuaansprakelijkheden

Voor de risicoaansprakelijkheden van art. 6:175 (gevaarlijke stoffen), 6:176 (stortplaatsen) en 6:177 BW (mijnbouwwerken) geldt bij uitstek dat zij op een kanaliseringsgedachte zijn gebaseerd. De aansprakelijke persoon wordt in deze artikelen zo precies mogelijk omschreven en samenloop van de betreffende risicoaansprakelijkheden wordt zoveel mogelijk vermeden. Ter rechtvaardiging van dit rigide systeem overwoog de wetgever destijds:[48]

> 'Dit is wenselijk zowel ter voorkoming van samenloopproblemen, die de aansprakelijkheid voor de slachtoffers onoverzichtelijk en derhalve als bescherming minder effektief maken, als ter voorkoming van de noodzaak één zelfde risico meermalen te verzekeren, hetgeen onnodige zware lasten op het bedrijfsleven legt.'

Een bijzonder kenmerk van de in de art. 6:175-177 BW gekozen kanaliseringsconstructies is het feit dat zij strekken tot, wat de wetgever aanduidt als, '*gesegmenteerde aansprakelijkheid*'. Anders dan bijvoorbeeld de productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW – die in beginsel altijd blijft rusten bij de producent, ongeacht de lotgevallen van het gebrekkige product (de zogenaamde 'klevende aansprakelijkheid') –, verhuizen de risicoaansprakelijkheden van art. 6:175-177 BW telkens mee wanneer de desbetreffende stof, stortplaats of het desbetreffende mijnbouwwerk in handen van een nieuwe gebruiker of exploitant komt.[49] De reden om te kiezen voor een dergelijke segmentering is volgens de wetgever tweeërlei. Enerzijds zal, zo is de gedachte, de aansprakelijke persoon in een gesegmenteerd systeem voor de benadeelde gemakkelijker te achterhalen zijn. Anderzijds is gesegmenteerde aansprakelijkheid, aldus de wetgever, beter verzekerbaar:[50]

> 'Het in het onderhavige ontwerp gekozen stelsel noopt ertoe de verzekering te koppelen aan een bepaalde locatie of bijv. een bepaald vervoerssegment, waarbij de te verzekeren aansprakelijkheid rust op degenen die op een verantwoorde behandeling van de stof, dan wel de zaak of het vervoermiddel waarin deze zich bevindt, rechtstreeks invloed hebben. Dit heeft tot gevolg dat de verzekeraar het risico dat hij voor zijn rekening neemt, beter kan overzien en zijn polisvoorwaarden daarop kan afstemmen (…). Verwacht mag worden dat een dergelijke verzekering gemakkelijker te verkrijgen en goedkoper zal zijn dan een dekking van alle schade door afvalstoffen veroorzaakt, nadat deze het bedrijf waarvan zij afkomstig zijn, hebben verlaten.'

48 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 8.
49 Dat is althans het uitgangspunt van de wetgever geweest. Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 9.
50 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 9-10.

Art. 6:175 BW

Art. 6:175 lid 1 BW stelt als uitgangspunt voorop dat voor schade veroorzaakt door een gevaarlijke stof – nader gedefinieerd in lid 6 – de *professionele gebruiker in beroep of bedrijf* aansprakelijk is (aangenomen dat aan de bekendheidseis is voldaan). De particuliere bezitter van een gevaarlijke stof is dus gevrijwaard van de hier bedoelde risicoaansprakelijkheid.[51] Is er sprake van een keten van bedrijfsmatige gebruikers, dan rust de aansprakelijkheid volgens art. 6:181 lid 3 BW bij de *laatste schakel* van die keten: de uiteindelijke gebruiker.

In de leden 2 tot en met 5 van art. 6:175 BW zijn enkele uitzonderingen op, of uitwerkingen van, de hoofdregel van gebruikersaansprakelijkheid geformuleerd. Bevindt de gevaarlijke stof zich in handen van een *professionele bewaarder*, aldus lid 2, dan rust de aansprakelijkheid exclusief op hem, respectievelijk op de andere in lid 2 genoemde bewaarders. Bevindt de gevaarlijke stof zich in een leiding, aldus lid 3, dan wordt de aansprakelijkheid gekanaliseerd naar de *leidingbeheerder* in kwestie, tenzij de betreffende leiding een functionele eenheid vormt met een opstal. In dat geval is immers, zo bleek reeds bij de bespreking van art. 6:174 lid 2 BW (par. 2.3), de *bezitter van de opstal* exclusief aansprakelijk. In gevallen van lucht-, water- of bodemverontreiniging door een gevaarlijke stof rust de aansprakelijkheid volgens lid 4 exclusief op de persoon die *bij de aanvang van de tot verontreiniging leidende gebeurtenis* als professionele gebruiker kwalificeerde. Lid 5 behelst de al eerder besproken kanalisering van de aansprakelijkheden van art. 6:173 en 6:174 BW naar de gebruiker van de desbetreffende gevaarlijke stof.

Voor wat betreft de eventuele samenloop van art. 6:175 met de milieuaansprakelijkheden van art. 6:176 en 6:177 BW zij hier gewezen op de respectieve leden 5 van de art. 6:176-177 BW. Heeft iemand een gevaarlijke stof in de zin van art. 6:175 BW gestort op een legale stortplaats, dan is hij zelf van aansprakelijkheid ontheven en wordt de eventuele aansprakelijkheid naar de exploitant van die stortplaats gekanaliseerd, aldus art. 6:176 lid 5 BW. Is door de werking van een gevaarlijke stof bij een mijnbouwwerk een uitstroming of bodembeweging veroorzaakt, dan rust de aansprakelijkheid daarvoor exclusief op de exploitant van dat mijnbouwwerk, aldus art. 6:177 lid 5 BW. Voor beide kanaliseringsconstructies geldt, opnieuw (vgl. par. 2.2), dat zij niet gepaard gaan met exclusiviteit van het desbetreffende aansprakelijkheidsregime.

Een eventuele samenloop van art. 6:175 BW met het algemene art. 6:162 BW is door de wetgever bewust niet uit de weg gegaan. De aanvullende werking van art. 6:162 BW werd noodzakelijk geacht om te voorkomen dat een bedrijf zich ongestraft zou kunnen ontdoen van een gevaarlijke of verontreinigende stof en de daaraan verbonden risico's, door deze aan een andere,

51 NvW 2, *Kamerstukken II* 1992/93, 21 202, nr. 15, p. 1-2.

wellicht minder solvabele partij over te dragen. In een dergelijk geval van bewust onrechtmatig handelen staat dus de weg van art. 6:162 BW open.[52]

Art. 6:176 BW

Art. 6:176 lid 1 BW begint met de vooropstelling dat de *exploitant* van een stortplaats aansprakelijk is voor de schade die voor of na sluiting van de stortplaats ontstaat als gevolg van milieuverontreiniging. Lid 2 geeft een definitie van het begrip 'exploitant', waaruit blijkt dat zowel de legale exploitant (sub a) als de illegale exploitant (sub b) als aansprakelijke partij kunnen kwalificeren. Kunnen verschillende personen als exploitant in de zin van art. 6:176 BW worden beschouwd, dan zijn zij op grond van art. 6:182 BW hoofdelijk aansprakelijk.

Voor de vaststelling van de aansprakelijkheid is blijkens lid 3 van art. 6:176 BW het moment van het bekend worden van de schade beslissend. Wordt de stortplaats nadien overgedragen aan een nieuwe exploitant, dan blijft de aansprakelijkheid rusten op degene die *ten tijde van het bekend worden van de schade* kwalificeerde als exploitant. Was de stortplaats op dat moment reeds gesloten, dan is volgens lid 4 de *laatste exploitant* aansprakelijk.[53]

Lid 5 bewerkstelligt, zoals hierboven besproken, dat degene die op een legale stortplaats een gevaarlijke of verontreinigende stof heeft gestort, niet aansprakelijk is op grond van art. 6:175 BW, en overigens ook niet op grond van de in lid 5 genoemde aansprakelijkheden uit Boek 8 BW. De aansprakelijkheid wordt hier exclusief naar de exploitant van de stortplaats geleid. In lid 5 is ook de meergenoemde kanalisering van de aansprakelijkheid van art. 6:173 BW naar de exploitant te vinden.

Art. 6:177 BW

Ook artikel 6:177 BW, inzake de aansprakelijkheid voor mijnbouwwerken, gaat blijkens lid 1 uit van aansprakelijkheid van de *exploitant*. In lid 2 worden zowel de legale als de illegale exploitant als potentieel aansprakelijke persoon aangeduid. Eventuele mede-exploitanten zijn volgens art. 6:182 BW hoofdelijk aansprakelijk. Voor schade door uitstroming van delfstoffen is blijkens lid 3 aansprakelijk de persoon die *ten tijde van de veroorzaking van de uitstroming* als exploitant kwalificeerde. Is er nadien een nieuwe exploitant ten tonele verschenen, dan blijft de aansprakelijkheid rusten op die *oorspronkelijke exploitant*. Vindt de veroorzaking van de uitstroming eerst na het verlaten van het mijnbouwwerk plaats, dan rust de aansprakelijkheid op de *laatste exploitant*, aldus nog steeds lid 3.[54]

---

52 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 10.

53 Blijkens de tweede volzin van lid 4 kan overigens de *legale* exploitant zich onder omstandigheden aan deze aansprakelijkheid onttrekken.

54 Ook hier bestaat voor de *legale* exploitant een ontsnappingsmogelijkheid.

Voor schade door bodembeweging is blijkens lid 4 aansprakelijk de persoon die *ten tijde van het bekend worden van de schade* als exploitant kwalificeerde. Ook hier blijft de aansprakelijkheid na een wisseling van de wacht rusten op de *oorspronkelijke exploitant*. Wordt de schade pas na sluiting van het mijnbouwwerk bekend, dan rust de aansprakelijkheid op de *laatste exploitant*, aldus nog steeds lid 4. Lid 5 behelst, zoals eerder besproken, een kanalisering van de aansprakelijkheden van art. 6:173, 6:174 en 6:175 BW naar de exploitant van het mijnbouwwerk.

3 ARGUMENTEN VOOR KANALISERING

Uit de inventarisatie van paragraaf 2 lijken, globaal gesproken, drie (hoofd)argumenten voor kanalisering naar voren te komen. Het eerste en meest voor de hand liggende argument, dat in de parlementaire geschiedenis telkens terugkeert, is de gedachte dat kanalisering leidt tot *duidelijkheid* voor betrokkenen. Het gaat hier kennelijk om een praktisch argument. De wetgever acht het voor benadeelden alsook voor (potentieel) aansprakelijken aantrekkelijk om op voorhand hun posities zo goed mogelijk te kunnen inschatten.

Het is de vraag of deze gedachte als argument voor kanalisering hoge ogen gooit. 'Duidelijkheid' is op zichzelf van betrekkelijk geringe waarde.[55] De kanaliseringsconstructies van art. 6:173 lid 2 en 7:24 lid 2 BW (de producent is exclusief aansprakelijk) zijn weliswaar duidelijk, maar schieten in termen van slachtofferbescherming tekort (vgl. par. 2.2). Iets dergelijks geldt voor art. 6:181 lid 1 BW (in plaats van de bezitter is de bedrijfsmatige exploitant exclusief aansprakelijk): deze bepaling moge voor benadeelden 'eenvoudiger' zijn,[56] intussen vormt zij een regelrechte beperking van hun verhaalspositie indien de bedrijfsmatige exploitant insolvabel blijkt te zijn.[57] Nog afgezien hiervan is het twijfelachtig of kanalisering van aansprakelijkheid werkelijk tot meer duidelijkheid leidt.[58] De diverse kanaliseringsconstructies van de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW lijken het beeld van de aansprakelijkheid eerder te vertroebelen dan te verscherpen. De aansprakelijke persoon wordt zo precies omschreven, dat voor veel betrokkenen op voorhand helemaal niet duidelijk zal zijn wie voor een bepaalde schadepost aansprakelijk is. Dat is op zichzelf geen doorslaggevend bezwaar – adequate wetgeving kan gecompliceerd zijn –, maar het roept wel de vraag op of 'duidelijkheid' een werkelijke beweegreden voor de wetgever is geweest om kanaliseringsconstructies in te voeren. Veeleer lijkt de indruk gerechtvaardigd dat dit praktische argument opgaat in andere,

55 Vgl. Nieuwenhuis 1997, p. 15.
56 Vgl. *T&C Vermogensrecht* (2007), art. 6:181, aant. 1 (Lankhorst).
57 Vgl. Tjittes 1995, p. 276.
58 Vgl. Tjittes 1995, p. 280 en Nieuwenhuis 1997, p. 15.

hieronder te bespreken argumenten, en dat het voor het overige hoogstens een retorische (politieke) functie heeft.

Het tweede argument voor kanalisering, dat eveneens veelvuldig terugkeert in de parlementaire stukken, is de *verzekerbaarheid* van het aansprakelijkheidsrisico. Dit lijkt een (rechts)economisch argument te zijn. In de redenering van de wetgever hangt dit argument nauw samen met het bovengenoemde argument van de 'duidelijkheid'. Een duidelijk voorspelbaar, scherp afgebakend risico is gemakkelijker en voordeliger verzekerbaar dan een onbestemd, veelomvattend risico, zo meent de wetgever. Bovendien leidt onzekerheid over de aansprakelijke persoon ertoe dat verscheidene personen zich tegen het desbetreffende risico zullen gaan verzekeren, hetgeen, aldus de wetgever, de totale verzekeringskosten zal doen stijgen.

Vanuit een rechtseconomisch perspectief is deze gedachtegang bekritiseerd door Vanden Borre. Zij heeft erop gewezen dat kanalisering van aansprakelijkheden van diverse personen naar één exclusief aansprakelijke persoon voor verzekeraars juist grote problemen kan veroorzaken, aangezien een risico dat mede door anderen dan de verzekerde zelf wordt beïnvloed, verzekeringstechnisch buitengewoon lastig is in te schatten. Bovendien zal, aldus Vanden Borre, het feit dat verschillende personen zich tegen één en hetzelfde risico verzekeren juist leiden tot een grotere spreiding van dat risico en daarmee (mogelijk) tot een *daling* van de verzekeringskosten, in plaats van de door de wetgever gevreesde stijging.[59] Het hier bedoelde argument van de wetgever is dus minder sterk, althans minder vanzelfsprekend, dan de wetgever doet voorkomen.

Het derde argument voor kanalisering komt, vergeleken met de andere twee argumenten, minder expliciet in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking. Het valt te omschrijven als het argument van de *'meest relevante laedens'*. Kanalisering leidt ertoe, althans zou er idealiter toe moeten leiden, dat de aansprakelijkheid komt te rusten op de meest relevante laedens, op degene van wie algemeen wordt aangenomen dat hij de eind- of hoofdverantwoordelijke is voor de betreffende schade. Naast het praktische argument (duidelijkheid) en het economische argument (verzekerbaarheid) lijkt dit het (meest) *juridische* argument voor kanalisering te zijn. Achter dit juridische argument kunnen vervolgens andere deelargumenten schuil gaan, zoals een gedachte van slachtofferbescherming – de meest relevante laedens zal voor de benadeelde doorgaans het gemakkelijkst te achterhalen en te benaderen zijn –, een bedrijfseconomische gedachte – de meest relevante laedens zal de schade doorgaans zonder problemen aan afnemers kunnen doorberekenen (aangenomen dat hij bedrijfsmatig opereert) – of het genoemde argument van verzekerbaarheid – voor de meest relevante laedens ligt het afsluiten van een verzekering het meest voor de hand, terwijl dat voor hem waarschijnlijk ook het eenvoudigst

59 Zie T. Vanden Borre, 'Kanalisatie in het debat betreffende de verzekerbaarheid van een risico', *AV&S* 2001, p. 175-182. Zie met name p. 179.

en het goedkoopst zal zijn. Geabstraheerd van deze deelargumenten gaat het hier echter in essentie om de vraag wie 'een grotere mate van *verantwoordelijkheid* draagt voor het ontstaan van de schade'.[60]

Nu de eerste twee argumenten, zoals hierboven bleek, voor relativering vatbaar zijn en bovendien in meer- of mindere mate opgaan in het derde argument, lijkt dat derde argument het belangrijkste argument voor kanalisering te zijn. Problematisch is intussen wel de *hantering* van dat argument. De vraag naar de 'meest verantwoordelijke' persoon is immers niet altijd gemakkelijk te beantwoorden. Veel zal afhangen van de concrete setting waarin de kanalisering plaatsvindt. Zo lijkt het aannemelijk dat de keuze voor kanalisering mede wordt beïnvloed door aspecten als de aard van de te verwachten schade,[61] de aard van de aansprakelijkheid[62] en de aard van de verweten gedraging.[63] Tjittes heeft in dit verband nog gewezen op een vijftal concretere gezichtspunten, die bij de keuze van de 'meest relevante laedens' een rol kunnen spelen. Volgens Tjittes is onder meer van belang (i) wie *zeggenschap* had over de schadeveroorzakende gedraging of het gevaarsobject, (ii) wie ervan *profiteerde*, (iii) wie de mogelijkheid had om zijn schade te *spreiden* (bijvoorbeeld door middel van doorberekening in een productprijs of door middel van verzekering), en (iv) bij wie tengevolge van aansprakelijkstelling (het meeste) *preventief effect* kan worden worden verwacht. Ten slotte speelt nog een rol, aldus Tjittes, (v) de algemene (rechtspolitieke) gedachte van *kostenallocatie*.[64] Dat laatste gezichtspunt lijkt juridisch niet veel toegevoegde waarde te hebben, maar van de overige vier gezichtspunten lijkt, gezien de in paragraaf 2 geciteerde overwegingen van de wetgever, inderdaad aannemelijk dat de wetgever zich (mede) daardoor heeft laten leiden in kwesties van kanalisering.

60 Aldus, met betrekking tot art. 6:174 lid 3 BW, MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 103-104 (curs. toegevoegd).

61 Terzake van zaakschade en zuivere vermogensschade lijkt kanalisering bijvoorbeeld eerder gerechtvaardigd dan terzake van letsel. Vgl. Tjittes 1995, p. 280.

62 In kwesties van risicoverdeling ligt een strikte afbakening van de aansprakelijke persoon bijvoorbeeld meer voor de hand dan in gevallen van zuivere schuldaansprakelijkheid.

63 Zo kan bijvoorbeeld in geval van schade door een gebrekkig product worden geoordeeld dat de gedraging van de producent – het produceren van het gebrekkige product – vergeleken met de gedraging van de leverancier – het doorverkopen van dat product aan afnemers – in hogere mate verwijtbaar, althans in hogere mate (objectief) gevaarzettend was, zodat op die grond kanalisering naar de producent het meest voor de hand ligt (vgl. art. 7:24 lid 2 BW, besproken in par. 2.2).

64 Zie Tjittes 1995, p. 279.

4 'KANALISERING' VAN TOEZICHTHOUDERSAANSPRAKELIJKHEID DOOR DE RECHTER?

De analyse van paragraaf 3 doet de vraag rijzen of de aldaar besproken argumenten voor kanalisering – en wel met name het derde argument, aangezien dat het belangrijkste is gebleken – ook buiten het specifieke kader van de wettelijke kanalisering van risicoaansprakelijkheid relevant kunnen zijn. Meer in het bijzonder lijkt het interessant om te onderzoeken of de *rechter* zich in concrete gevallen door deze argumenten zou kunnen laten inspireren. In mijn inleiding (par. 1) heb ik in dit verband de, enigszins tendentieuze, vraag opgeworpen of het denkbaar zou zijn dat de rechter in geval van schade door gebrekkig toezicht de zijdelingse aansprakelijkheid van de toezichthouder terzijde schuift om deze te 'kanaliseren' naar de primaire dader.

Het moge duidelijk zijn dat voor een dergelijke vorm van rechterlijke kanalisering van toezichthoudersaansprakelijkheid in beginsel geen plaats is. In het algemeen kan het feit dat voor een bepaalde schadepost naast de aangesproken partij (hier: de toezichthouder) ook een ander (hier: de primaire dader) verantwoordelijk is, geen argument vormen voor het doen vervallen van de aansprakelijkheid van de eerstbedoelde partij.[65] Ook de omstandigheid dat de causale bijdrage van de toezichthouder wellicht geringer is geweest dan die van de primaire dader, is daarvoor op zichzelf niet voldoende. Volgens een klassieke regel van ons aansprakelijkheidsrecht volstaat immers voor het aannemen van aansprakelijkheid 'culpa levissima', de lichtste schuld.[66] Toch is het mijns inziens denkbaar dat in specifieke gevallen het toezichtsfalen van de toezichthouder zozeer in het niet valt bij de onzorgvuldigheid aan de zijde van de primaire dader, dat een exclusieve aansprakelijkheid van die primaire dader moet worden aangenomen.[67] Deze gedachte lijkt tot uitdrukking te komen in een overweging van de Hoge Raad uit het bekende arrest 'Duwbak Linda'.

Het ging in dit arrest om de vraag of de Staat aansprakelijk was voor de zaakschade welke was ontstaan als gevolg van het kapseizen van een ondeugdelijk vaartuig. Daarbij was van belang dat kort voor het betreffende ongeval het wettelijk vereiste keuringscertificaat van dat vaartuig vanwege de Staat was verlengd, en wel op basis van een – naar achteraf gebleken was – ondeug-

---

65 Zie *Onrechtmatige daad* (K.J.O. Jansen), art. 162, lid 2, aant. 251 (losbl.). Vgl. ook Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 354.

66 Vgl. Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 72.

67 Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 440. Aldaar wordt, in het kader van de bespreking van de meervoudige causaliteit, opgemerkt dat in geval van schadeveroorzaking door twee personen als gevolg van achtereenvolgens gemaakte fouten denkbaar is dat alleen de persoon die de tweede fout beging aansprakelijk is, namelijk indien 'de tweede fout zoveel ernstiger is dan de eerste dat zij niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van het gevaar met het oog waarop de eerste fout had moeten worden vermeden.'

delijke keuring. De Hoge Raad wilde van aansprakelijkheid van de Staat als toezichthouder in dit geval kennelijk niet weten en overwoog:[68]

> 'in aanmerking [is] te nemen dat de betrokkenheid van de Staat bij de afgifte van het certificaat van onderzoek en de daarvoor vereiste keuring van schepen voortvloeit uit de algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer. Die betrokkenheid neemt niet weg dat het de *eigenaar* van het schip is die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip bij de exploitatie en de deelname aan het verkeer en voor een regelmatige controle en onderhoud van het schip *verantwoordelijk* blijft (…).'

Zonder nu aan deze enkele overweging uit het arrest een doorslaggevend gewicht toe te willen kennen – het arrest staat in de sleutel van een tamelijk specifieke relativiteitsconstructie, die ik binnen het bestek van deze bijdrage als zodanig niet kan behandelen[69] –, heb ik toch de indruk dat de Hoge Raad met deze overweging de kern van zijn gedachtegang verwoordt.[70] De Hoge Raad lijkt principieel van oordeel te zijn dat voor schade als de onderhavige niet de Staat als toezichthouder, maar de eigenaar als primaire laedens aansprakelijk is. Dat is in wezen een kanaliseringsgedachte: de schade wordt geleid naar de persoon die in de ogen van de Hoge Raad de grootste mate van *verantwoordelijkheid* draagt voor het ontstaan van de schade. De *vorm* waarin de Hoge Raad deze kanalisering giet is, zoals gezegd, een relativiteitsconstructie, maar veel meer dan een juridisch-technische 'verpakking' van een rechtspolitiek oordeel lijkt dat niet te zijn.[71]

Als aan het arrest inderdaad een algemene gedachte van, zoals ik het noem, kanalisering van toezichthoudersaansprakelijkheid ten grondslag ligt, is dat een feit van cruciaal belang. Het zou betekenen dat de Hoge Raad, in afwijking van ons klassieke stelsel van aansprakelijkheidsrecht, 'culpa levissima' niet langer in alle gevallen voldoende acht voor het aannemen van aansprakelijkheid. Een dergelijke koerswijziging behoeft een grondiger argumentatie dan de enkele mededeling dat de door de Staat geschonden norm niet strekt tot bescherming van de benadeelde tegen de onderhavige schade. In dit verband zouden de hierboven besproken argumenten voor wettelijke kanalisering van aansprakelijkheid – en met name het derde, belangrijkste argument – naar mijn mening een rol kunnen spelen. Bij de afbakening van de aansprakelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van die van de primaire dader komt het uiteindelijk aan op een keuze van de 'meest relevante laedens', en daarmee op een weging van de verantwoordelijkheden van beide partijen. Meestal zal zich de situatie voordoen dat zowel de toezichthouder als de primaire dader

68 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.3 (curs. toegevoegd).
69 Zie daarover uitgebreid de NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 3-11.
70 Vgl. T. Hartlief, 'Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2003-2004', *NTBR* 2004, p. 463.
71 Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 11.

een relevante mate van verantwoordelijkheid dragen, zodat zij, conform het wettelijk uitgangspunt, beiden aansprakelijk zijn,[72] maar in bijzondere gevallen kan worden geconcludeerd dat de schade zozeer in de sfeer van één van beiden ligt, dat hetzij de primaire dader,[73] hetzij de toezichthouder exclusief aansprakelijk is.[74] Bij het onderbouwen van deze conclusie zullen de in paragraaf 3 genoemde gezichtspunten *'aard van de te verwachten schade'*, *'aard van de aansprakelijkheid'* en *'aard van de verweten gedraging'* een rol kunnen spelen, terwijl ook de (concreter geformuleerde) gezichtspunten van Tjittes in dit verband relevant kunnen zijn. De *zeggenschap* over de schadeveroorzakende gedraging, het eventuele *profiteren* ervan, de mogelijkheid van *spreiding* van de schade en het *preventief effect* van aansprakelijkheid zijn mijns inziens stuk voor stuk relevante argumenten voor de afbakening van de verantwoordelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van die van de primaire dader.[75]

5 Conclusie

In geval van samenloop van aansprakelijkheden van verschillende personen staat, zoals in paragraaf 1 werd uiteengezet, het wettelijke uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:102 lid 1 BW) voorop. Niettemin zijn er uitzonderingen op dit uitgangspunt denkbaar, zoals met name tot uitdrukking komt in de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW, waar ten aanzien van diverse risicoaansprakelijkheden kanalisering naar één exclusief aansprakelijke persoon is bewerkstelligd. In paragraaf 2 zijn de belangrijkste van deze kanaliseringsconstructies besproken.

In paragraaf 3 is uiteengezet dat er blijkens de parlementaire geschiedenis drie (hoofd)argumenten voor kanalisering van risicoaansprakelijkheid zijn te noemen. Kanalisering creëert, om te beginnen, duidelijkheid voor alle betrokke-

72 Een sprekend voorbeeld (zij het deels in de contractuele sfeer) is het geval waarin een rijwielbewaarder een onder zijn toezicht staande fiets onbeveiligd buiten laat staan, waarna de fiets wordt gestolen. Zonder twijfel zijn voor de ontstane schade zowel de dief als de rijwielbewaarder aansprakelijk, hoezeer ook de dief hier de ernstigste fout heeft begaan. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 440.

73 Dat was bijvoorbeeld de uitkomst van het bovengenoemde arrest 'Duwbak Linda'.

74 Deze laatste situatie laat zich vooral in tamelijk specifieke gevallen indenken. Stel dat iemand tijdens het beklimmen van een klimwand ten val komt als gevolg van een ondeskundige 'zekering' door een medeklimmer op de grond. Zou in dit geval komen vast te staan dat de medeklimmer onervaren was en dat hij zijn fout maakte als gevolg van een ontoereikende instructie door de verantwoordelijke kliminstructeur, dan zou die kliminstructeur waarschijnlijk exclusief aansprakelijk moeten worden gehouden voor het letsel van de gevallen klimmer. De medeklimmer zou hier wegens gebrek aan toerekenbaarheid vrijuit moeten gaan, hoezeer ook zijn gedraging de primaire oorzaak van de ontstane schade was.

75 Deze opsomming is uiteraard zonder de pretentie van volledigheid. Een volledig antwoord op de vraag naar de verhouding tussen toezichthouder en primaire dader zou een gedetailleerde studie van de toezichthoudersaansprakelijkheid vergen, waarvoor binnen het bestek van deze bijdrage geen ruimte is. Zie uitgebreid de in noot 7 genoemde bronnen.

nen (het praktische argument). Daarnaast bevordert kanalisering, althans in de ogen van de wetgever, de verzekerbaarheid van het risico en leidt zij tot een besparing van de kosten van verzekering (het economische argument). Ten slotte leidt kanalisering ertoe dat de aansprakelijkheid komt te rusten op de 'meest relevante laedens', op degene die de grootste mate van verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van de schade (het juridische argument). Dit laatste argument, zo heb ik in paragraaf 3 betoogd, lijkt als overkoepelende gedachte het belangrijkste argument voor kanalisering van risicoaansprakelijkheid te vormen.

In paragraaf 4 is onderzocht of de genoemde argumenten voor kanalisering een bredere betekenis hebben, in die zin dat zij ook buiten het kader van de wettelijke kanalisering van risicoaansprakelijkheid, door de *rechter* zouden kunnen worden gehanteerd. Hierbij is in het bijzonder gekeken naar de problematiek van de toezichthoudersaansprakelijkheid. Tegen de achtergrond van het arrest 'Duwbak Linda' is betoogd dat de kerngedachte van kanalisering – de gedachte dat de aansprakelijkheid behoort te rusten op de partij die een relevante mate van *verantwoordelijkheid* voor het ontstaan van de schade draagt – ook richtinggevend kan zijn in kwesties van toezichthoudersaansprakelijkheid. Bij de afbakening van de aansprakelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van die van de primaire dader zal het uiteindelijk aankomen op een keuze van de 'meest relevante laedens', en daarmee op een weging van de verantwoordelijkheden van beide partijen. In zoverre hebben de argumenten voor kanalisering van risicoaansprakelijkheid – en met name het derde argument – inderdaad een bredere betekenis.

Al met al is het niet mijn bedoeling geweest om de toezichthoudersproblematiek en het kanaliseringsvraagstuk over één kam te scheren.[76] Ik heb ook niet voor ogen gehad om een pleidooi te houden tégen de aansprakelijkheid van toezichthouders. Met mijn overwegingen in paragraaf 4 heb ik slechts beoogd te illustreren dat de kerngedachte van kanalisering in essentie sterk verwant is aan de gedachte die schuilgaat (of schuil lijkt te gaan) achter de terughoudendheid die in kwesties van toezichthoudersaansprakelijkheid pleegt te worden betracht. Zoals op meer plekken in het recht blijken er, kortom, inhoudelijke dwarsverbanden te bestaan tussen terreinen die op het eerste gezicht, juridisch-technisch bezien, niet of nauwelijks met elkaar te maken hebben. Vanuit een oogpunt van coherentie is dat een goede zaak.

76 Kanalisering van aansprakelijkheid door de wetgever is uiteraard iets fundamenteel anders dan het afwijzen van een schadeclaim door de rechter.

11 Het *passing-on* verweer; samenloop van directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding

E.-J. Zippro[■]

1 INLEIDING

In deze bijdrage wordt niet het klassieke geval van samenloop van rechtsregels besproken waarbij op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtsstelsel voor toepassing in aanmerking komen, maar staat de samenloop van vorderingen van verschillende partijen jegens dezelfde schadeveroorzaker centraal.[1] Een dergelijke vorm van samenloop kan zich voordoen bij de afwijzing van een beroep van de laedens op het zogenaamde *passing-on* verweer. Indien de gelaedeerde van een mededingingsovertreding zijn schade wil verhalen op de laedens vormt dit verweer bij het begroten van de schade veelal een probleem. Het *passing-on* verweer is het verweer dat de laedens kan voeren door te stellen dat de gedupeerde afnemer geen of nauwelijks schade heeft geleden omdat deze de hogere prijs die het gevolg is van de inbreuk op het mededingingsrecht heeft doorberekend aan zijn afnemers. Op deze wijze tracht de inbreukpleger te ontsnappen aan de betaling van een vergoeding voor de schade die door de directe afnemer is afgewenteld op de indirecte afnemers en de uiteindelijke consumenten.

Het belang van het *passing-on* verweer kan het best met behulp van een voorbeeld worden geïllustreerd. Stel dat onderneming A wordt aangesproken door onderneming B wegens het feit dat onderneming B schade heeft geleden (namelijk het betalen van een supracompetitieve prijs) als gevolg van de schending van het mededingingsrecht door onderneming A. Onderneming A kan nu als verweer voeren dat er niet of nauwelijks schade is geleden door onderneming B (directe afnemer). De hogere prijzen zijn immers door B doorberekend aan de derde partij C (indirecte afnemer). Dit zou kunnen betekenen dat de schadevergoeding die A aan B moet betalen, wordt verminderd met de hogere prijzen die B aan C heeft doorberekend. C heeft de hogere prijs vervolgens weer doorberekend aan D (de consument). Zowel B, C als D kunnen nadelige gevolgen ondervinden van de schending van het mededingingsrecht door onderneming A.

■ E.-J. Zippro is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Vgl. C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, nr. 1, p. 3, die in zijn monografie slechts aandacht besteedt aan de samenloop van wettelijke rechtsregels voor zover deze regels betrekking hebben op de rechtsrelatie tussen dezelfde partijen of op de rechtspositie van één rechtssubject.

Indien het *passing-on* verweer ontvankelijk is, kan de directe afnemer slechts de schade verhalen die niet is afgewenteld op de afnemers in het verdere verloop van de distributiekolom en op de consumenten. De schade zal alleen in zijn totaliteit worden vergoed indien alle indirecte afnemers (inclusief de consumenten) een actie tot verkrijging van schadevergoeding instellen om de mededingingsovertreder te dwingen de door de mededingingsinbreuk veroorzaakte schade te vergoeden.[2]

De vraag die ik in deze bijdrage tracht te beantwoorden, is de vraag of het *passing-on* verweer door de rechter dient te worden afgewezen en of, indien dit het geval is, de vorderingen van zowel de directe afnemers als de indirecte afnemers naast elkaar kunnen worden ingesteld en in die zin kunnen samenlopen. Bij de beantwoording van deze vraag rijst tevens de vraag of een afwijzing van het *passing-on* verweer kan leiden tot een situatie waarbij de schadeveroorzakende onderneming meer schade moet vergoeden dan zij heeft veroorzaakt.

2 HET *PASSING-ON* VERWEER IN DE VERENIGDE STATEN

In de Verenigde Staten is het *passing-on* verweer in het algemeen uitgesloten. In *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.* heeft het *U.S. Supreme Court* besloten dat een gedaagde zich niet mag verweren tegen een eis tot schadevergoeding met de stelling dat de eiser de te hoge prijs heeft doorberekend of zou hebben kunnen doorberekenen aan zijn klanten.[3] Het onderzoek naar de vraag hoeveel van de te hoge prijs de eiser precies heeft doorberekend of zou hebben kunnen doorberekenen aan zijn afnemers zou op ongerechtvaardigde wijze de procesvoering bemoeilijken en de effectiviteit van de private handhaving verminderen.[4] Het *U.S. Supreme Court* overweegt:

> 'We are not impressed with the argument that sound laws of economics require recognizing this defense. A wide range of factors influence a company's pricing policies. Normally the impact of a single change in the relevant conditions cannot

2 Zie ook R. van den Bergh, 'Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking', *M&M* 2006, p. 148.

3 *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968). Zie ook P.V.F. Bos, 'Dode mus of legal eagle? Over modernisering van de toepassing van het Europees mededingingsrecht en Nederlands civielrechtelijke handhaving', *NTBR* 2003, p. 318.

4 Bos 2003, p. 318. Het *U.S. Supreme Court* maakt wel een uitzondering: 'We recognize that there might be situations – for instance, when an overcharged buyer has a pre-existing "cost-plus" contract, thus making it easy to prove that he has not been damaged – where the considerations requiring that the passing-on defense not be permitted in this case would not be present. We also recognize that where no differential can be proved between the price unlawfully charged and some price that the seller was required by law to charge, establishing damages might require a showing of loss of profits to the buyer.'

be measured after the fact; indeed a businessman may be unable to state whether, [392 U.S. 481, 493] had one fact been different (a single supply less expensive, general economic conditions more buoyant, or the labor market tighter, for example), he would have chosen a different price. Equally difficult to determine, in the real economic world rather than an economist's hypothetical model, is what effect a change in a company's price will have on its total sales. Finally, costs per unit for a different volume of total sales are hard to estimate. Even if it could be shown that the buyer raised his price in response to, and in the amount of, the overcharge and that his margin of profit and total sales had not thereafter declined, there would remain the nearly insuperable difficulty of demonstrating that the particular plaintiff could not or would not have raised his prices absent the overcharge or maintained the higher price had the overcharge been discontinued. Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable.'

Het *U.S. Supreme Court* vervolgt:

'On the other hand, it is not unlikely that if the existence of the defense is generally confirmed, antitrust defendants will frequently seek to establish its applicability. Treble-damage actions would often require additional long and complicated proceedings involving massive evidence and complicated theories.' [392 U.S. 481, 494]

Het *U.S. Supreme Court* besluit:

'In addition, if buyers are subjected to the passing-on defense, those who buy from them would also have to meet the challenge that they passed on the higher price to their customers. These ultimate consumers, in today's case the buyers of single pairs of shoes, would have only a tiny stake in a lawsuit and little interest in attempting a class action. In consequence, those who violate the antitrust laws by price fixing or monopolizing would retain the fruits of their illegality because no one was available who would bring suit against them. Treble-damage actions, the importance of which the Court has many times emphasized, would be substantially reduced in effectiveness.'

3 HET *PASSING-ON* VERWEER IN DUITSLAND

In Duitsland is het *passing-on* verweer uitgesloten bij wet. In de literatuur bestond reeds langer de overtuiging dat een beroep op het (defensieve) *passing-on* verweer naar Duits recht niet mogelijk was.[5] De wetgever was het hiermee

5 Zie C. Miege, 'Modernisation and Enforcement Pluralism – The Role of Private Enforcement of Competition Law in the EU and the German Attempts in the 7th Amendment of the GWB', Amsterdam Centre for Law & Economics 2005, p. 35 en de daar vermelde literatuur. Zie o.a. R. Hempel, 'Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle',

eens en introduceerde ter bevestiging nog een expliciet verbod op het gebruik van het *passing-on* verweer in het 7e amendement van de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Dat verbod op het *passing-on* verweer werd door de Duitse regering in een van de latere concepten weer geschrapt, omdat het overbodig zou zijn nu het een feit van algemene bekendheid was dat naar Duits recht geen beroep kon worden gedaan op het *passing-on* verweer.[6]

Tijdens de parlementaire behandeling van het 7e amendement op de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* besloot het *Landgericht Mannheim* echter dat inbreukmakers op het mededingingsrecht niet aansprakelijk zijn jegens directe afnemers ingeval de directe afnemers de hogere prijzen hadden doorberekend aan de indirecte afnemers.[7] De schade kon volgens het *Landgericht* niet worden berekend door een vergelijking te maken tussen de betaalde prijs en de prijs die zou zijn betaald zonder de kartelafspraak. Alle voordelen die waren verkregen als gevolg van het doorverkopen moesten worden meegenomen. Deze uitspraak werd overgenomen door het *Oberlandesgericht Karlsruhe*.[8]

De wetgever was het niet eens met de uitspraken van het *Landgericht Mannheim* en het *Oberlandesgericht Karlsruhe* en introduceerde alsnog een wettelijk verbod op het gebruik van het *passing-on* verweer. In de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Par. 33, abs. 3) is bepaald dat schadevergoeding niet mag worden uitgesloten wegens het feit dat goederen of diensten zijn doorverkocht.[9] De bepaling luidt als volgt:

> 'Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.'

Wirtschaft und Wettbewerb 2004, p. 364; F.W. Bulst, 'Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH', *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 2201; F.W. Bulst, 'Private Kartellrechtsdurchsetzung nach der 7. GWB-Novelle: Unbeabsichtigte Rechtschutzbeschränkungen durch die Hintertür?', *Europäisches Wirtschaft- und Steuerrecht* 2004, p. 63; Ulrich Immenga & Ernst Joachim Mestmäcker, *Kommentar zum GWB*, Munich: Beck-Verlag 2001, paragraaf 33, no. 40.

6 *Bundestagsdrucksache* nr. 15/3640, 54. Zie Miege 2005, p. 35.

7 LG Mannheim, 106 *GRUR* 182 (2004).

8 OLG Karlsruhe, 57 *NJW* 2243, 2244 (2004).

9 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *Bundesgesetzblatt* 2005, deel I, p. 1954-1969.

Deze bepaling sluit de mogelijkheid dat eventuele voordelen als gevolg van het doorberekenen van de schade worden meegenomen niet geheel uit.[10] De rechter heeft nog enige speelruimte om tot een zekere compensatie te komen indien dat niet meer dan redelijk is.

4 HET *PASSING-ON* VERWEER IN NEDERLAND

4.1 Abstract of concreet?

In Nederland bestaat een dergelijke rechterlijke of wettelijke uitsluiting van het *passing-on* verweer niet. De rechter zal de schade als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels in beginsel concreet begroten. Bij het bepalen van schade zal de rechter in beginsel uitgaan van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde van een mededingingsinbreuk verkeert, inclusief de omstandigheden die zich voordoen na het intreden van de schade. De laedens zou bij de hantering van een concreet schadebegrip met succes een beroep kunnen doen op het *passing-on* verweer. Bos heeft daarom gepleit voor de hantering van de abstracte of objectieve wijze van berekening van de schade.[11] Bij het bepalen van schade wordt dan niet uitgegaan van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert, maar wordt van enkele van die omstandigheden geabstraheerd.[12] Het verschil in de hantering van een concreet of abstract schadebegrip is voor de uitkomst van de beoordeling van het *passing-on* verweer groot.[13]

Bij de hantering van een concreet schadebegrip zal het *passing-on* verweer alleen zonder problemen kunnen worden bestreden indien sprake is van een monopolist. Monopolisten zullen namelijk de prijs van een product op een dusdanig niveau brengen dat de prijs niet verder verhoogd kan worden zonder

10 Zie W. Wurmnest, 'A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition', *German Law Journal* 2005, p. 1184.

11 Bos 2003, p. 318.

12 A.R. Bloembergen & S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2001, nr. 36, p. 51.

13 Het Engelse Kolenstakingsarrest (HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269 m.nt. EMM) maakt het verschil tussen een abstracte en concrete berekening van schade duidelijk. In deze zaak werd een vorm van abstracte schadeberekening voor het geval van niet-nakoming van een leveringsplicht aanvaard. De Hoge Raad oordeelt dat de schade, welke de koper door de wanprestatie van de verkoper leed, het verschil tussen de marktprijs en de koopprijs is. Daarbij doet de prijs waarvoor de koper mocht hebben doorverkocht niet ter zake. Het feit dat de koper enig voordeel door vrijstelling van de levering of anderszins mocht hebben genoten, gaat de eerste verkoper niet aan en zou geen rechtstreeks uitvloeisel van de wanprestatie zijn. Zie over het verschil tussen de hantering van een concreet of abstract schadebegrip ook Bloembergen & Lindenbergh 2001, nr. 36, p. 51.

dat de afzet fors achteruit gaat. Een monopolist zal dan ook niet snel de te hoge prijs kunnen doorberekenen (*passing-on*) aan de afnemers.

De wettelijke basis voor de abstracte schadeberekening is te vinden in artikel 6:97 BW. De rechter krijgt de vrijheid tot het hanteren van de abstracte schadeberekening, mits deze wijze van begroting in overeenstemming is met de aard van de schade. Bij de abstracte wijze van berekening van schade wordt niet geheel geabstraheerd van de concrete werkelijkheid, maar wordt bij de bepaling van de schade een zekere afstand genomen van bepaalde concrete omstandigheden waarin de gelaedeerde verkeert. Zo is het, in tegenstelling tot de concrete of subjectieve wijze van schadevaststelling, bij de abstracte schadevaststelling niet relevant of de afnemer de goederen of diensten al dan niet heeft doorverkocht. Het doet als gevolg daarvan ook niet ter zake of de afnemer van de goederen of diensten de te hoge aanschafprijzen die hij heeft betaald heeft verdisconteerd in zijn verkoopprijs en op deze wijze de hogere aanschafprijzen heeft doorberekend aan zijn afnemers. De schade bij hantering van de abstracte schadeberekening is het verschil tussen de prijs die bij een situatie van normale mededinging tot stand zou zijn gekomen en de overeengekomen, kunstmatig hooggehouden, prijs.[14]

Voordeel van een abstracte wijze van schadevaststelling is de doelmatigheid, die in de meeste gevallen gecombineerd wordt met een redelijk resultaat.[15] Principieel bezwaar is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.[16]

4.2 Voordeelstoerekening

Bij toepassing van de abstracte schadeberekening kan het *passing-on* verweer van de laedens effectief worden bestreden door de gelaedeerde. Een eventueel beroep van de laedens op voordeelstoerekening in de zin van artikel 6:100 BW dient bij de hantering van de abstracte schadeberekening te worden afgewezen. Dit artikel bepaalt dat ingeval een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht, voor zover dit redelijk is.

Tegen het beroep van de laedens op voordeelstoerekening kan worden ingebracht dat er geen sprake is van 'een zelfde gebeurtenis', nu het voordeel

14 Zie over de abstracte wijze van schadevaststelling ook Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 417.

15 Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 418; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 35.

16 Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 418. Hartkamp wijst er tevens op dat de methode niet consequent wordt toegepast, in die zin dat de daarmede berekende schade als een minimum wordt beschouwd. Indien de schuldeiser kan aantonen dat zijn schade groter is dan de objectieve schade, dan kan hij de werkelijk geleden (concreet berekende) schade vorderen.

(het doorberekenen van de kunstmatig hoge prijs aan de afnemers) niet automatisch voortvloeit uit het nadeel (het betalen van een kunstmatig hoge prijs). De directe afnemer moet zelf actief besluiten de te hoge prijs al dan niet gedeeltelijk door te berekenen aan de volgende afnemers. Mocht al worden aangenomen dat het gaat om dezelfde gebeurtenis, dan verzet de strekking van de abstracte schadeberekening zich ertegen dat de schadevergoeding met toepassing van de regel van artikel 6:100 BW wordt verminderd met het voordeel dat aan de schuldeiser toevalt als gevolg van de gebeurtenis die de schuldenaar tot schadevergoeding verplicht.[17] Het zal tevens niet redelijk zijn het concrete voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening te brengen.

Bloembergen heeft er in het kader van de voordeelstoerekening in zijn dissertatie al op gewezen dat het afwentelen van schade via het in rekening brengen van hogere prijzen aan het publiek een omstandigheid is waar de aansprakelijke persoon buiten behoort te staan.[18]

4.3 Winstafdracht

Winstafdracht in de zin van artikel 6:104 BW biedt nog een alternatieve wijze van abstracte schadeberekening waardoor de laedens niet gedwongen is de omvang van zijn concrete schade aannemelijk te maken.[19] Met een beroep op winstafdracht wordt het *passing-on* verweer ook geëlimineerd. Winstafdracht zal de verkrijging van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht echter niet vergemakkelijken. Het is bij de complexere gevallen, zoals inbreuken op het mededingingsrecht, moeilijk om de behaalde winst te berekenen. Daarvoor is een aantal reeds door Haak en VerLoren van Themaat beschreven oorzaken aan te wijzen.[20]

---

17 Vgl. HR 14 januari 2005, *RvdW* 2005, 12 (Ahold/Staat), r.o. 3.5.4; HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 (De Preter/Van Uitert), r.o. 3.5. Zie de conclusie voor en de noot onder HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269 en HR 15 januari 1965, *NJ* 1965, 197 m.nt. GJS. Vgl. P.J. Verdam, *Voordeelsaftrek bij schadevergoeding*, Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 1959, p. 181; Bloembergen 1965, nr. 37; P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Ontwikkelingen op het gebied van voordeelstoerekening', *WPNR* 1983, p. 53-57 en 74-79 en A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 196 e.v.

18 Bloembergen 1965, nr. 230. Zie ook Verdam 1959, p. 156.

19 Zie over winstafdracht o.a. C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 15-19; M.H. Wissink & W.H. van Boom, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2002; J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, nr. 192-270; H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 109-119; J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Deventer: Kluwer 1992, nr. 28-40, p. 53-72. Zie ook C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, overweging 4, derde alinea.

20 M.F.J. Haak & I.W VerLoren van Themaat, *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland*, Amsterdam: Houthoff Buruma 2005, p. 56-59.

Ten eerste zijn bij kartels meerdere ondernemingen betrokken. Partijen bij een kartelafspraak zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die als gevolg van de kartelinbreuk is ontstaan. Het is de vraag of de hoofdelijke aansprakelijkheid ook geldt indien de schade wordt begroot op de winst die door het kartel als geheel is ontvangen.

Ten tweede kan het aantal gelaedeerden groot zijn. Indien er meerdere gelaedeerden zijn, zou het logisch zijn dat de winst wordt verdeeld onder de gelaedeerden aan de hand van ieders aandeel in de schade.[21] De noodzakelijke verdeling van de winst onder de gelaedeerden heeft als gevolg dat alsnog de schade moet worden berekend, zodat winstafdracht niet eenvoudiger is dan een reguliere berekening van de schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht.

Ten derde is de winst zonder de overtreding moeilijk van te stellen nu daar economisch complexe problemen een rol spelen, zoals de mate van prijselasticiteit.

Ten vierde kunnen meerdere procedures over dezelfde mededingingsovertreding bij verschillende rechtbanken aanhangig zijn. Behoort de rechter waarbij de zaak aanhangig is gemaakt rekening te houden met eventuele andere gelaedeerden die nog een vordering tot winstafdracht kunnen instellen op een later tijdstip? Indien er van wordt uitgegaan dat de mededingingsinbreuk jegens iedere gelaedeerde is gepleegd en dat met de mededingingsinbreuk slechts een totale winst is behaald, zou het resultaat kunnen zijn dat de laedens het voordeel meerdere keren zou moeten afdragen. Het is zeer de vraag of de wetgever dat bedoeld heeft. De laedens dient aannemelijk te maken dat het aandeel van de gelaedeerde in de schade minder dan het geheel bedraagt en dat de winst reeds geheel of gedeeltelijk is afgedragen. Dient de rechter in een dergelijk geval de schade op een deel van de winst te begroten of op de concreet geleden schade?

4.4 Effectiviteit en rechtvaardigheid

Indien de Nederlandse rechter rekening houdt met het *passing-on* verweer, wordt de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (bij het huidige gebrek aan mogelijkheden tot collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding) aanzienlijk gecompliceerder en naar alle waarschijnlijkheid ook minder effectief. De toenemende gecompliceerdheid van de actie tot schadevergoeding zal de eerste drempel zijn die de effectiviteit kan ondermijnen, de lagere schadevergoeding die het gevolg zal zijn van een geslaagd beroep op het *passing-on* verweer (of het geheel ontbreken van een schadevergoeding) zal de tweede drempel zijn die de effectiviteit kan ondermijnen. Bij

21 Vgl. de situatie bij artikel 43 lid 3 ROW.

het huidig gebrek aan mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding is het dan ook ongewenst dat de rechter dit verweermiddel bij de uiteindelijke hoogte van de schadevergoeding een rol laat spelen. De abstracte schadeberekening heeft vanuit het oogpunt van een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de voorkeur, zolang er nog geen wettelijk verbod bestaat op het toelaten van het *passing-on* verweer.

Tegenstanders van het hanteren van een abstracte schadeberekening zullen aanvoeren dat het feit dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belemmerd wordt door de hantering van een concrete schadeberekening geen rol hoort te spelen bij de keuze voor een concrete dan wel abstracte wijze van schadeberekening.[22] Deze tegenstanders hebben wel een argument, afhankelijk van de vraag hoe het begrip schade wordt gedefinieerd. Het is een vreemde situatie als schadevergoeding wordt verkregen door de directe afnemer, terwijl de directe afnemer per saldo niet tot nauwelijks schade heeft geleden nu de hogere prijs door hem is doorberekend aan de indirecte afnemers. Het mogelijk maken van collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding is een rechtvaardiger oplossing, die, ook vanuit het systeem van de wet geredeneerd, beter valt te verdedigen. De prikkel bij de indirecte verkrijgers (consumenten) om een actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht door de laedens is veel groter indien de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve schadevergoedingsactie bestaat. Een verbod op het *passing-on* verweer is in dat geval ook niet meer nodig omdat de uiteindelijke schadelijders (de consumenten) een effectief middel tot hun beschikking hebben om de schade te kunnen verhalen. De schadevergoeding wordt op deze wijze verkregen door de gelaedeerden die de schade ook daadwerkelijk hebben geleden. De directe afnemer zou in dat geval alleen nog zijn gederfde winst kunnen vorderen als gevolg van een mogelijke afname van de omzet die is veroorzaakt door de hantering van een hogere prijs.

4.5 EU-conforme uitleg van artikel 6:97 BW

Zolang het voor consumenten niet mogelijk is om door middel van een collectieve actie schadevergoeding te verkrijgen, is het mijns inziens goed verdedigbaar dat de nationale rechter op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw, zoals neergelegd in artikel 10 EG, voor de effectieve handhaving van

22 Zo is zaaksbeschadiging het belangrijkste geval waarin de schade abstract wordt berekend en is de abstracte schadeberekening in de rechtspraak afgewezen bij onder andere een vordering tot vergoeding van gederfde winst. Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 418; T. Hartlief, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht 5), Deventer: Kluwer 2003, nr. 208.

het Europees (mededingings)recht bij het *passing-on* verweer moet uitgaan van een abstract schadebegrip.[23] De hantering van een concreet schadebegrip zou bij het aanvoeren van een *passing-on* verweer de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken en als gevolg daarvan in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.[24] Artikel 6:97 BW behoort dan ook EU-conform te worden uitgelegd door de nationale rechter als *juge de droit commun*. Pas op het moment dat het voor indirecte afnemers daadwerkelijk (effectief) mogelijk zou zijn de schade die geleden is als gevolg van de mededingingsinbreuk te verhalen op de laedens, kan niet meer worden gesproken van strijd met het effectiviteitsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten zou in dat geval namelijk niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zijn.

Hantering van een concreet schadebegrip zou ook nog in strijd kunnen worden geacht met het beginsel van een effectieve rechtsbescherming.[25] Op grond van dit beginsel moet een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij kan ontlenen aan het gemeenschapsrecht daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen.[26] De gedupeerde afnemers zullen bij hantering van een concreet schadebegrip de rechten en aanspraken die zij ontlenen aan het gemeenschapsrecht niet daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen. Het is echter niet altijd duidelijk of het HvJ EG alleen toetst aan het effectiviteitsbeginsel of aan het verdergaande beginsel van een effectieve rechtsbescherming.

5 INDIRECTE ACTIES

5.1 Algemeen

De vraag of indirecte afnemers een actie tegen de laedens kunnen instellen vormt de tegenhanger van de vraag of de laedens een beroep jegens de gelaedeerde kan doen op het *passing-on* verweer. Onder de indirecte afnemer versta ik de afnemer die niet rechtstreeks van de inbreukmaker op het mededingingsrecht afneemt maar van een tussenpersoon. De indirecte afnemer heeft schade

23 Dit zal alleen anders kunnen zijn bij een zuivere monopolist, nu een monopolist de optimale prijs niet verder kan verhogen zonder dat de afzet zal verminderen.

24 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (Comet), *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 (Palmisani), *Jur.* I-4025, r.o. 27.

25 Vgl. J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 338-339.

26 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (Johnston), *Jur.* 1986, p. 1651. Zie voor de invloed van het beginsel op het gebied van sancties HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (Von Colson), *Jur.* 1984, p. 1891. Zie ook HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-340/89 (Vlassopoulou), *Jur.* 1991, p. I-2357. HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89 (Factortame), *Jur.* 1990, p. I-2433. Zie ook reeds ver voor de invoering van het beginsel van effectieve rechtsbescherming HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (Simmenthal), *Jur.* 1978, p. 629.

geleden wegens het feit dat de tussenpersoon het als gevolg van de mededingingsinbreuk teveel betaalde aan hem heeft doorberekend.

De indirecte afnemer heeft geen vordering op de tussenpersoon nu het doorberekenen van het teveel betaalde geen onrechtmatige daad van de tussenpersoon jegens de indirecte afnemer vormt. Tussen de indirecte afnemer en de tussenpersoon bestaat verder een geldige overeenkomst die de grondslag vormt voor de betaling. De vraag doet zich nu voor of de indirecte afnemer wel een vordering op grond van onrechtmatige daad heeft jegens de inbreukmaker op de mededingingsregels. Indien het *passing-on* verweer van de laedens wordt verworpen, zou een bevestigend antwoord op deze vraag er toe kunnen leiden dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade wordt aangesproken. Zowel de directe afnemer als de indirecte afnemer kunnen in dat geval een vordering instellen. Naast het feit dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade kan worden aangesproken, is het ook mogelijk dat de laedens meer schade moet vergoeden dan direct door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt.

Haak en VerLoren van Themaat signaleren deze mogelijkheid ook in hun onderzoek en illustreren dit treffend met een voorbeeld betreffende een kartelafspraak tussen vitamineproducenten.[27] In hun voorbeeld gaat als gevolg van het kartel de prijs van de benodigde grondstof per pil met 100% omhoog van 1 naar 2. De pillenproducenten die de duurdere grondstoffen moeten kopen verhogen hun verkoopprijzen ook met 100% van 2 naar 4. Vervolgens verhogen de detailhandelaren die de duurdere pillen van de pillenproducenten moeten kopen de prijzen ook met 100% van 4 naar 8. De schade die de consument nu heeft geleden kan worden begroot op het verschil tussen de consumentenprijs vóór de kartelinbreuk en de consumentenprijs na de kartelinbreuk. De schade zou dan 8-4 = 4 zijn. Aan de andere kant bedraagt echter de verhoging van de prijs door het kartel maar 1. Bij een schadebegroting die gebaseerd zou zijn op winstafdracht zou maar 1 behoeven te worden afgedragen. In deze situatie zou de laedens, bij toewijzing van de vorderingen van de indirecte afnemers, meer schade moeten vergoeden dan direct door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt. De laedens zou wel kunnen tegenwerpen dat de prijsverhogingen die zich later in het proces voordoen niet op grond van het sluiten van de kartelovereenkomst aan hem kunnen worden toegerekend.

5.2 Relativiteit

De relativiteitsleer zou aan een indirecte actie in de weg kunnen staan. Volgens artikel 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de bena-

27 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 77-78.

deelde die heeft geleden. De vordering van de indirecte gelaedeerde tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht moet dan ook worden afgewezen wanneer de mededingingsbepaling (de geschonden norm) niet strekt ter bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde is geleden of wanneer de soort schade of de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van de bescherming valt.

De relativiteitsleer behoort in het algemeen geen belemmering te vormen voor een indirecte actie. Ik zie niet in waarom de geschonden mededingingsregels niet zouden strekken tot bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde (vaak de consument) is of wordt geleden.[28] Het doel van de Europese mededingingsregels lijkt steeds meer gericht op het verhogen van de welvaart door middel van de bescherming van de belangen van consumenten. De bescherming van de consument is zelfs uit het derde lid van artikel 81 EG af te leiden door de voorwaarde dat 'een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de *gebruikers* (in de Engelstalige versie wordt het woord *consumers* gebruikt) ten goede komt.'

De mededingingsregels strekken, naast tot bescherming van de consument, ook tot bescherming van de concurrent. In de zaak Courage/Crehan heeft het HvJ EG geoordeeld dat zelfs een onderneming die contractspartij is bij een verboden overeenkomst, onder voorwaarden recht heeft op schadevergoeding, met name in het geval dat de onderneming zich in een zwakke positie bevond ten opzichte van de gedaagde ten tijde van de contractsluiting.[29]

De Mededingingswet beoogt ook de belangen van concurrenten en leveranciers te beschermen. De Minister van Economische Zaken verwoordde het als volgt:[30]

> 'Tevens kunnen ondernemingen die in strijd handelen met het verbod van mededingingsafspraken of het verbod van misbruik van een economische machtspositie, geconfronteerd worden met eisen, bijvoorbeeld van concurrenten, leveranciers, afnemers of consumenten, tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.'

Uit de parlementaire geschiedenis kan dus worden afgeleid dat de Mededingingswet strekt tot bescherming van de zojuist genoemde benadeelden. Dat

---

28 In Duitsland lijkt men daar anders over te denken. Alleen in geval de inbreuk op de mededingingsregels is gericht tegen de eiser bestaat er in Duitsland een recht op schadevergoeding. Zie artikel 823-II BGB en artikel 33 GWB. Een inbreuk op de mededingingsregels is mijns inziens uiteindelijk gericht tegen zowel directe als indirecte afnemers. Niet valt in te zien waarom indirecte afnemers niet beschermd zouden behoren te worden op grond van het relativiteitsvereiste. Zie over de situatie in Duitsland ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 75-77 en de ook in hun rapport gesignaleerde rechtspraak KZR 11/04 LG Mannheim – 7O 326/02 (GRUR 2004, 182) en OLG Karlsruhe – 6 U 183/03 (WuW/E DE-R 1229). Het is de vraag hoe het *Bundesgerichtshof* denkt over de vordering van indirecte afnemers.

29 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (Courage/Crehan), *Jur*. 2001, I-6297.

30 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 53.

de Mededingingswet, naast tot bescherming van de consument, ook strekt tot bescherming van de concurrent blijkt nog duidelijker uit het feit dat de Mededingingswet zoveel mogelijk in de pas loopt met het Europees mededingingsrecht. Europeesrechtelijke precedenten werken in de regel direct door in het Nederlands mededingingsrecht. Nu het Europees mededingingsrecht mede strekt tot bescherming van de concurrent strekt ook het Nederlands mededingingsrecht in beginsel mede tot bescherming van de concurrent.

Haak en VerLoren van Themaat zijn van mening dat eventuele schade die wordt opgelopen door tussenhandelaren niet wordt beschermd door de mededingingsregels.[31] Dit kan echter niet in zijn algemeenheid worden gezegd. Veelal worden tussenhandelaren als directe afnemers wel degelijk beschermd door de mededingingsregels. Dit is alleen anders in het door Haak en VerLoren van Themaat gegeven voorbeeld van de schade die tussenhandelaren lijden door de afspraak die een groep fabrikanten heeft gemaakt om voortaan rechtstreeks aan de detaillist te zullen leveren en de groothandel uit te sluiten.[32] In dat geval kan een gezonde mededinging meebrengen dat tussenhandelaren zullen verdwijnen. Mochten de geschonden mededingingsregels niet strekken tot bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde(n) is geleden dan zou nog een beroep kunnen worden gedaan op schending van de zorgvuldigheidsnorm (een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt). Het enkele feit van wetsovertreding (kartelverbod of verbod op het maken van misbruik van een machtspositie) zal, ook al strekt het overtreden voorschrift niet ter bescherming tegen de schade, steeds meewegen bij het oordeel over de vraag of een betamelijkheidsregel is geschonden waar de benadeelde wel bescherming aan kan ontlenen (de correctie Langemeijer).[33]

5.3 Indirecte acties in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is het op federaal niveau alleen voor directe kopers mogelijk de overtreder van het mededingingsrecht in rechte aan te spreken.[34] De indirecte actie is in de Verenigde Staten op federaal niveau door het *U.S. Supreme Court* verworpen.[35] Wel heeft het *U.S. Supreme Court* toegestaan dat het op grond van het niet-federale mededingingsrecht van de afzonderlijke deelstaten mogelijk kan zijn dat indirecte kopers de overtreder van het mede-

31 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76-77.
32 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76-77.
33 Zie HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (Tandartsen).
34 *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).
35 *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).

dingingsrecht kunnen aanspreken.[36] In een aantal deelstaten in de VS is aparte wetgeving ingevoerd om een indirecte actie mogelijk te maken. In deze staten kan door zowel directe als indirecte kopers een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld.

Het op federaal niveau verbieden van de indirecte actie is, gelet op het federale verbod van het *passing-on* verweer (en als gevolg daarvan de mogelijkheid dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade zou kunnen worden aangesproken) een verdedigbare beslissing van het *U.S. Supreme Court*. Enerzijds kan de laedens jegens de directe afnemer geen beroep doen op het *passing-on* verweer, anderzijds heeft de laedens geen last van vorderingen tot schadevergoeding van indirecte afnemers zodat hij niet voor dezelfde schade kan worden aangesproken door zowel de directe als de indirecte afnemers.

6 HET *PASSING-ON* VERWEER, INDIRECTE ACTIES EN HET GEMEENSCHAPSRECHT

6.1 Het *passing-on* verweer en het Gemeenschapsrecht

In de jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA EG kan geen direct antwoord worden gevonden op de vraag hoe om te gaan met het *passing-on* verweer. Desalniettemin overweegt het HvJ EG in Courage/Crehan als volgt (paragraaf 30):[37]

> 'Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld, dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (zie met name arresten van 4 oktober 1979, Ireks-Arkady/Raad en Commissie, 238/78, Jurispr. blz. 2955, punt 14; 27 februari 1980, Just, 68/79, Jurispr. blz. 501, punt 26, en 21 september 2000, Michaïlidis, C-441/98 en C-442/98, Jurispr. blz. I-7145, punt 31).'

De belangrijkste reden voor het bestaan van het *passing-on* verweer in de jurisprudentie van het HvJ EG is het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking van de eiser. Dit is echter niet per definitie het geval, omdat de doorberekening van de hogere prijs ook tot een verminderde afzet kan leiden als gevolg van de hogere prijs. De econoom Hellwig noemt het *passing-on* verweer zelfs irrelevant om tot een juiste beoordeling van de schade te komen, wegens het feit dat de potentiële winst van het *passing-on* verweer wordt

---

36 *California v ARC America Corp*, 490 U.S. 93 (1989); Zie ook W.H. Page, 'The limits of state indirect purchaser suits: Class certification in the shadow of Illinois Brick', *Antitrust Law Journal* 1999, p. 1-39; W.H. Page, 'Class Certification in the Microsoft indirect purchaser litigation', *Journal of Competition Law and Economics* 2005, p. 303-338; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 75.

37 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (Courage/Crehan).

tenietgedaan door het verlies dat ontstaat als gevolg van de afnemende vraag veroorzaakt door de hogere '*downstream*' prijs.[38]

Het HvJ EG heeft nooit geoordeeld dat er op grond van het Europees recht een recht op het *passing-on* verweer bestaat. Een dergelijk recht bestaat ook niet op grond van het Europees recht. Het HvJ EG heeft enkel en alleen bepaald dat het Europees recht een nationale regel, op grond waarvan ongerechtvaardigde verrijking kan worden voorkomen, niet uitsluit.[39] Er kan dan ook alleen van een verweer op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden gesproken in gevallen waarbij ten eerste het doorberekenen van de te hoge prijs wordt bewezen en daarnaast wordt bewezen dat er zich geen afname in afzet of een andere vermindering van inkomsten voordoet.[40]

Het werkdocument behorende bij het Groenboek van de Commissie laat een ontwikkeling in de rechtspraak van het HvJ EG zien, waarbij het aannemen van het ontbreken van een causaal verband tussen het doorberekenen van de te hoge prijs en de ongerechtvaardigde verrijking van de eiser zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld tot het punt waarop een dergelijke aanname van causaal verband zo ongefundeerd is, dat het in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. Zo overweegt het HvJ EG in Weber (overweging 117):[41]

> 'Uit het voorgaande volgt dat het (…) doelmatigheidsbeginsel zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling of bestuurspraktijk die de uitoefening van door de communautaire rechtsorde toegekende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt door op basis van het enkele feit dat de belasting op derden is afgewenteld, een vermoeden van ongerechtvaardigde verrijking te creëren.'

6.2 Indirecte acties en het Gemeenschapsrecht

Hebben zowel directe als indirecte afnemers recht om een actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht? Uit de rechtspraak van het HvJ EG in Courage/Crehan lijkt te kunnen worden afgeleid dat zowel directe als indirecte afnemers geacht moeten worden een vordering tot schadevergoeding te kunnen instellen. Het HvJ EG overweegt:[42]

---

38 Martin Hellwig, *Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective*, Bonn: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2006.

39 Zie ook de A-G Slynn in zijn conclusie onder HvJ EG 25 februari 1988, gevoegde zaken 331/85, 376/85 and 378/85 (Les Fils de Jules Bianco en J Girard Fils v Directeur général des douanes et droits indirects).

40 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 188.

41 HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-147/01 (Weber's Wine World).

42 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (Courage/Crehan), paragraaf 23 en 24. Cursivering toegevoegd EJZ.

> 'In de derde plaats heeft het Hof reeds geoordeeld, dat de artikelen 85, lid 1, van het Verdrag en 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven (zie arresten van 30 januari 1974, BRT en SABAM, BRT I", 127/73, Jurispr. blz. 51, punt 16, en 18 maart 1997, Guérin automobiles/Commissie, C-282/95 P, Jurispr. blz. I-1503, punt 39). Uit bovenstaande overwegingen volgt, dat *elke* particulier zich in rechte op schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan beroepen, ook wanneer hij partij is bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van deze bepaling.'

Op grond van het feit dat het HvJ EG beslist dat *elke* particulier zich in rechte op schending van het kartelverbod kan beroepen, kan worden afgeleid dat de indirecte afnemer op grond van het gemeenschapsrecht niet kan worden weerhouden van zijn recht om schadevergoeding te vorderen van de laedens (aangenomen dat er schade is geleden en dat sprake is van causaal verband).

Het aan alle partijen bieden van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen brengt uiteraard de nodige problemen met zich mee. Zo wordt er in het werkdocument behorende bij het Groenboek op gewezen dat het moeilijk is de mate van *passing-on* te berekenen, dat het voor de potentiële eiser niet stimulerend is om een actie in te stellen nu er bij een succesvolle actie minder schadevergoeding toegewezen zal worden (schadevergoeding zal namelijk moeten worden verdeeld tussen de verschillende afnemers in de afnameketen) en dat er sprake is van hogere transactiekosten als gevolg van de toename van het aantal zaken en de toename van de complexiteit van zaken die het gevolg zijn van dezelfde mededingingsinbreuk.[43]

7 DOOR DE COMMISSIE VOORGESTELDE OPTIES BETREFFENDE HET *PASSING-ON* VERWEER EN DE PROCESBEVOEGDHEID VAN INDIRECTE AFNEMERS

In het Groenboek 'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels' stelt de Commissie in paragraaf 2.4 de vragen:

> 'Moeten er voorschriften zijn betreffende de ontvankelijkheid en de werking van de 'passing-on defence'? Zo ja, welke soort voorschriften? Moeten indirecte afnemers procesbevoegdheid hebben?'

De Commissie heeft in het Groenboek vier opties aangedragen voor de beantwoording van deze vragen. In het werkdocument (*Commission Staff Working Paper*) behorende bij het Groenboek verduidelijkt de Commissie de voorgestelde opties. De Commissie heeft bij de beantwoording van de vragen gezocht

43 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 193.

naar een afweging tussen rechtvaardigheid (alle gelaedeerden hebben recht op de vergoeding van de schade die door hen is geleden) en efficiëntie.[44]

In de eerste optie (optie 21) is het *passing-on* verweer een 'ontvankelijk' verweer en kunnen zowel de directe als de indirecte afnemers de inbreukmaker dagvaarden. In dit systeem krijgt elke gelaedeerde compensatie voor de door hem geleden schade. Nadeel van deze optie is dat het risico bestaat dat de directe afnemer geen (of weinig) schadevergoeding krijgt toegewezen, omdat de inbreukmaker tegen hem het *passing-on* verweer kan inroepen. Daarnaast wijst de Commissie op het feit dat het risico bestaat dat de schade van indirecte afnemers ook niet wordt vergoed, omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. De mate van doorberekening van de te hoge prijs aan de verschillende afnemers in de keten zal moeten worden vastgesteld. De Commissie wijst er dan ook op dat in dit verband bijzondere aandacht behoort te worden geschonken aan de bewijslast. Bij dit model is het van belang dat de eindafnemers (consumenten) de mogelijkheid hebben om met behulp van een collectieve actie een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen.[45] Een groot deel van de schade zal anders blijven liggen bij de eindafnemers, wegens de rationele desinteresse of rationele apathie van de gelaedeerden.[46]

In de tweede optie (optie 22) is het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk en kunnen alleen directe afnemers de inbreukmaker dagvaarden. Deze optie is in de ogen van de Commissie gunstiger voor directe afnemers omdat de procedure niet zal worden bemoeilijkt door de problemen in verband met het *passing-on* verweer. Bovendien heeft de directe afnemer over het algemeen een betere toegang tot de bewijsmiddelen die noodzakelijk zijn om de mededingingsinbreuk te bewijzen en de geleden schade aan te tonen. De effecten van een mededingingsinbreuk zijn nu eenmaal moeilijk(er) te meten naarmate men verder van de inbreukpleger en de directe afnemer komt af te zitten.[47] Een systeem waarbij de directe afnemers de gehele schade kunnen vorderen zal vanuit het oogpunt van een effectieve handhaving en preventie (afschrikwekkende werking) de voorkeur hebben.[48] Nadeel is dat de indirecte afnemers hun schade niet vergoed kunnen krijgen. In het werkdocument behorende bij het Groenboek wordt, indien de directe afnemer actief is in een concurrerende markt, nog de mogelijkheid geopperd dat hij door de marktdynamiek gedwongen wordt de eventuele ongerechtvaardigde verrijking door te geven

44 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 194-195.

45 Vgl. het werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 196.

46 Zie over rationele desinteresse I.N. Tzankova, *Strooischade: een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005 en I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007. Zie over rationele apathie R. van den Bergh, 'Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking', *M&M* 2006, p. 148 e.v.

47 Zie het werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 197.

48 Vgl. het werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 197.

aan de volgende niveaus in de distributieketen.[49] Daarnaast denkt de Commissie aan een uitzondering voor (groepen van) consumenten, die dan weer wel een actie zouden moeten hebben.[50] Dit lijkt mij echter tegenstrijdig met de keuze voor deze optie.

In de derde optie (optie 23) is het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk en kunnen zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker dagvaarden. Hoewel door de niet-ontvankelijkheid van het *passing-on* verweer schadevorderingen voor verzoekers minder omslachtig worden, brengt deze optie de mogelijkheid met zich dat de verweerder wordt veroordeeld tot betaling van meerdere schadevergoedingen, omdat zowel indirecte als directe afnemers schadevorderingen kunnen instellen. Een voordeel van deze optie is dat er een grote afschrikwekkende werking vanuit gaat jegens de potentiële overtreders van het mededingingsrecht. Bovendien hebben zowel de direct als de indirecte afnemers een prikkel om schadevergoeding te eisen.[51]

De vierde optie (optie 24) bestaat uit een procedure in twee fasen waarbij het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk is. In een eerste fase is het *passing-on* verweer verboden en kan de inbreukmaker door elke gelaedeerde worden gedagvaard voor het totale bedrag aan schade. In een tweede fase wordt de schadevergoeding verdeeld tussen alle partijen die schade hebben geleden. Deze optie is volgens de Commissie technisch moeilijk, maar heeft naar het oordeel van de Commissie het voordeel dat alle gelaedeerden een billijke schadevergoeding krijgen. Bovendien dient de inbreukmaker alle geleden schade te vergoeden. De inbreukmaker kan niet profiteren van het feit dat door de afnemers geen schadevergoedingsactie wordt ingesteld indien de kosten niet opwegen tegen de baten.

8 Standpunt van de Nederlandse regering

De Nederlandse regering heeft zich in reactie op de vragen van de Commissie aangesloten bij optie 21, volgens welke het *passing-on* verweer ontvankelijk is en zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden.[52] De regering neemt daarbij kennelijk voor lief dat het gevolg van deze optie kan zijn dat de directe afnemer geen schadevergoeding krijgt toegewezen omdat de inbreukmaker jegens hem een beroep kan doen op het *passing-on* verweer, terwijl de schade van indirecte afnemers ook niet wordt vergoed omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. In het Groenboek wijst de Commissie er in dit

49 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 198.
50 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 199.
51 Werkdocument behorende bij het Groenboek, nr. 200.
52 Deze reactie van de Nederlandse regering op het Groenboek kan volgens haar niet als definitief standpunt worden gezien. Zie Nederlandse reactie op het Groenboek, p. 1.

verband ook op dat bij deze optie bijzondere aandacht behoort te worden geschonken aan de bewijslast. Het voordeel van deze optie is in de ogen van de Nederlandse regering dat er geen sprake kan zijn van over-compensatie van de door de benadeelden geleden schade en dat de aan de *downstream* afnemers doorberekende meerkosten in acht worden genomen voor de berekening van de schadevergoeding. De regering gaat, naast aan de reeds door de Commissie onder de aandacht gebrachte bewijsproblemen betreffende de schade, bij haar keuze voorbij aan het feit dat voor indirecte afnemers de kosten van het procederen vaak niet opwegen tegen de schade die is geleden in een individueel geval.

Optie 22 kan volgens de Nederlandse regering leiden tot een oneerlijke situatie nu indirecte kopers geen schade kunnen vorderen indien het *passing-on* verweer wordt uitgesloten en alleen directe afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden. De Nederlandse regering is bevreesd dat de door de rechter toegekende schadevergoeding hoger uitvalt dan de daadwerkelijk geleden schade.

Optie 23 (uitsluiting van het *passing-on* verweer en het uitbreiden van acties tot de indirecte afnemers) brengt volgens de Nederlandse regering het gevaar van een stapeling van acties met zich mee en daarmee het gevaar van overbelasting van het gerechtelijk apparaat. Daarnaast kan volgens de Nederlandse regering stapeling van vorderingen leiden tot betaling door de overtreder van bedragen die groter zijn dan de daadwerkelijk geleden schade en zijn beide gevolgen niet wenselijk.

Optie 24 (de twee stappen procedure) acht de Nederlandse regering onwenselijk nu deze optie geen recht doet aan het uitgangspunt dat een schadevergoeding enkel strekt ter compensatie van daadwerkelijk geleden schade.

9 CONCLUSIE

In Nederland heeft de Hoge Raad nog geen uitspraak gedaan over de vraag of de laedens een succesvol beroep kan doen op het *passing-on* verweer bij schadevergoedingsacties op grond van schending van het mededingingsrecht. Een beroep op het *passing-on* verweer kan worden uitgesloten door hantering van de abstracte schadebegroting. Principieel bezwaar tegen abstracte schadebegroting is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.

Zolang een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding niet mogelijk is, is het echter goed verdedigbaar dat de nationale rechter bij de beoordeling van het *passing-on* verweer op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw voor de effectieve handhaving van het Europees (mededingings)recht moet uitgaan van een abstract schadebegrip. De hantering van een concreet schadebegrip zal, indien de laedens een beroep doet op het *passing-on* verweer, de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde

verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken en als gevolg daarvan in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.[53] Pas op het moment dat het voor indirecte afnemers daadwerkelijk (effectief) mogelijk zou zijn de schade die geleden is als gevolg van de mededingingsinbreuk te verhalen op de laedens kan niet meer worden gesproken van strijd met het effectiviteitsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten zou in dat geval niet meer nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zijn. Hantering van een concreet schadebegrip zou ook nog in strijd kunnen worden geacht met het beginsel van een effectieve rechtsbescherming.

Uit het systeem van de wet vloeit voort dat naar Nederlands recht een indirecte actie mogelijk is, al heeft de Hoge Raad hierover nog geen expliciete uitspraak gedaan. Niet valt in te zien waarom de Hoge Raad in navolging van het *U.S. Supreme Court* indirecte acties zou verbieden. Het verbieden van indirecte acties gaat voorbij aan het recht om een procedure te mogen instellen indien schade is geleden.[54] Uit de rechtspraak van het HvJ EG in Courage/Crehan kan ook worden afgeleid dat de indirecte afnemer op grond van het gemeenschapsrecht niet kan worden weerhouden van zijn recht om schadevergoeding te vorderen van de laedens. Bovendien doet zich bij uitsluiting van de indirecte actie het gevaar voor dat de overtreder en de directe afnemer tot een afspraak komen om de geleden schade te compenseren, terwijl de indirecte afnemer met de schade blijft zitten, bij gebrek aan een mogelijkheid om een indirecte actie in te stellen.[55]

Ingeval de rechter de schade die als gevolg van een mededingingsinbreuk door de directe afnemer is geleden, abstract zou begroten, zou het kunnen voorkomen dat de laedens de schade meerdere keren moet vergoeden. De laedens zou zowel aan de directe afnemer als aan de indirecte afnemer schadevergoeding moeten betalen.

In het Groenboek 'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels' biedt de Commissie een keuze uit een viertal opties betreffende het *passing-on* verweer en de positie van indirecte afnemers. De Nederlandse regering heeft zich in reactie op de vragen van de Commissie aangesloten bij de optie volgens welke het *passing-on* verweer ontvankelijk is en zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden.

Het voordeel van deze optie is dat er geen sprake kan zijn van over-compensatie van de door de benadeelden geleden schade en dat de aan de *downstream* afnemers doorberekende meerkosten in acht worden genomen voor

53 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (Comet), *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 (Palmisani), *Jur.* I-4025, r.o. 27.

54 Zie ook de voorlopige reactie van de Nederlandse regering op vraag G van het groenboek van de Commissie, paragraaf 2.4, p. 10.

55 Zie ook de voorlopige reactie van de Nederlandse regering op vraag G van het groenboek van de Commissie, paragraaf 2.4, p. 10.

de berekening van de schadevergoeding. Aan de keuze voor deze optie zijn echter ook veel nadelen verbonden. Alle indirecte afnemers (inclusief de consumenten) zullen namelijk een actie tot verkrijging van schadevergoeding moeten instellen om de mededingingsovertreder te dwingen de door de mededingingsinbreuk veroorzaakte schade te vergoeden. De regering neemt kennelijk voor lief dat het gevolg van deze optie kan zijn dat de directe afnemer geen schadevergoeding krijgt toegewezen omdat de inbreukmaker jegens hem een beroep kan doen op het *passing-on* verweer, terwijl de schade van indirecte afnemers niet wordt vergoed, omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. Het berekenen van de omvang van de schade in elke fase van de distributieketen zal (te) ingewikkeld zijn en bovendien (te) kostbaar. Daar komt nog bij dat de schade op lagere niveaus in de distributieketen sterk gespreid is en de kosten van een procedure tot verkrijging van schadevergoeding dus veel hoger zijn dan de te verwachten opbrengsten.

Op grond van het effectiviteitsbeginsel dient een beroep op het *passing-on* verweer te worden afgewezen. Dit brengt niet automatisch met zich mee dat alleen directe afnemers een bedrag ontvangen dat hoger kan zijn dan de werkelijk geleden schade (de schade die per saldo overblijft nadat de supracompetitieve prijs is doorberekend aan de afnemers in het verdere verloop van de distributieketen), terwijl indirecte afnemers geen schadevergoeding kunnen vorderen. Bij uitsluiting van het *passing-on* verweer behoren indirecte afnemers de mogelijkheid te blijven houden om een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen. Directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding moeten naast elkaar kunnen worden ingesteld en in die zin samenlopen. Dit zal kunnen leiden tot een schadevergoeding die hoger is dan de reële schade, maar in de afweging tussen efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid behoort de laedens die last te dragen.

DEEL IV

Het samenloopprobleem in breder verband

12 Samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht

M. den Besten[■]

1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

Wanneer een partij in een civiele kwestie met spoed een voorlopige voorziening wil hebben, wordt doorgaans gekozen voor het entameren van een kortgedingprocedure voor de voorzieningenrechter van de rechtbank. Inderdaad kan via de weg van de kortgedingprocedure – een snelle en informele procedure – op korte termijn een voorlopige voorziening worden verkregen. Minder bekend is de mogelijkheid om tijdens een aanhangig geding ex art. 223 Rv te vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van dat geding. Partijen kunnen van laatstgenoemde mogelijkheid, welke ook wel bekend staat als de provisionele vordering, gebruik maken door middel van het opwerpen van een incident in een aanhangige bodemprocedure.

Uit het vorenstaande volgt dat de partij die een voorlopige voorziening wenst in bepaalde gevallen de keuze heeft tussen de kortgedingprocedure en de provisionele vordering ex art. 223 Rv, zodat in die gevallen gesproken kan worden van een samenloop van rechtsvorderingen. Voor zover het daarbij gaat om zaken die ten gronde door de kantonrechter worden behandeld en beslist, is op grond van het bepaalde in art. 254 lid 4 Rv ook de kantonrechter bevoegd tot het geven van een voorlopige voorziening in kort geding. In een dergelijk geval bestaan dus zelfs drie mogelijkheden tot het verkrijgen van een voorlopige voorziening: het kort geding voor de voorzieningenrechter van de rechtbank, het kort geding voor de kantonrechter en de provisionele vordering. Dit palet aan mogelijkheden roept de vraag op voor welke rechtsingang een partij in voorkomende gevallen dient te kiezen.

In deze bijdrage staat de provisionele vordering ex art. 223 Rv centraal. Besproken wordt onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een partij voor deze rechtsingang kan kiezen. Daarnaast wordt ingegaan op de voor- en nadelen van de provisionele vordering ten opzichte van de kortgedingprocedure, en zal aan de orde komen wanneer het instellen van een

■ M. den Besten is PhD-fellow burgerlijk procesrecht, Universiteit Leiden.

dergelijke vordering te prefereren valt boven het voeren van een kortgedingprocedure.[1]

2 Betekenis van de artikelen 51 en 116 Rv (oud)

Met de herziening van het civiele procesrecht in 2002[2] heeft de wetgever de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering expliciet in art. 223 Rv gecodificeerd. Voordien kon het bestaan van de provisionele vordering slechts indirect worden afgeleid uit art. 51 Rv (oud).[3] Laatstgenoemd artikel bood de rechter de mogelijkheid om in één vonnis uitspraak te doen op zowel de eis in de hoofdzaak als op de provisionele vordering, wanneer deze beide vorderingen gelijktijdig in staat van wijzen waren. Hieruit volgde impliciet de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering.

Hoewel de parlementaire geschiedenis op het eerste gezicht wellicht anders doet vermoeden,[4] heeft de wetgever met art. 223 Rv niet willen breken met de vóór 2002 bestaande rechtspraktijk. Slechts de redactie van het artikel heeft een aanpassing ondergaan, niet de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering als zodanig. De literatuur en jurisprudentie omtrent art. 51 Rv (oud) hebben voor het huidige recht dan ook grotendeels hun betekenis behouden.

Voor een goed begrip van de huidige mogelijkheden om een voorlopige voorziening te verkrijgen is ook art. 116 Rv (oud) van belang. Dit artikel regelde kort gezegd de mogelijkheid om in spoedeisende zaken – welke ten gronde door de kantonrechter werden beslist[5] – een voorlopige voorziening van de kantonrechter te verkrijgen, behalve wanneer reeds ex art. 289 Rv (oud)

1 Het burgerlijk procesrecht kent ook nog enkele specifieke vorderingen met betrekking tot voorlopige voorzieningen. Bijvoorbeeld ten aanzien van scheidingszaken (art. 821 e.v. Rv) en in het kader van het recht van enquête naar het beleid en de gang van zaken bij rechtspersonen (art. 2:349a lid 2 BW). Zie omtrent deze laatste vordering P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', in: *Ondernemingsrecht* 2003, p. 549-555. Dergelijke specifieke vorderingen blijven in deze bijdrage verder onbesproken.

2 Wet van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 580.

3 Art. 51 Rv (oud) luidde:'Indien er een provisionele eisch gedaan is, en de zaak zoo ten principale als op de provisie in staat van wijzen is, zal de regter op beide bij één en hetzelfde vonnis uitspraak kunnen doen'.

4 Vgl. A.I.M. van Mierlo, m.m.v. 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. 389: '(…) Artikel 223 (2.9.16) stemt niet overeen met het huidige artikel 51 Rv (…) [onderstreping: MdB]'. In het navolgende zal dit werk worden aangehaald als: 'PG NRv'.

5 Vgl. art. 38-43a Wet RO (oud).

een kortgedingprocedure voor de president van de rechtbank was ingesteld.[6] Deze procedure bij de kantonrechter stond in de rechtspraktijk ook wel bekend als het kantonrechterskortgeding, of simpelweg als de 116-procedure.

Ten opzichte van de provisionele vordering ex art. 51 Rv (oud) en de kortgedingprocedure voor de president van de rechtbank kende de 116-procedure enkele bijzonderheden. Hoewel art. 116 lid 6 Rv (oud) bepaalde dat een verkregen voorlopige voorziening haar werking verloor, zodra het eindvonnis in de hoofdzaak in kracht van gewijsde was gegaan, vloeide uit het tweede lid van datzelfde artikel voort dat de aanhangigheid van een hoofdzaak geen vereiste was voor het verkrijgen van een voorlopige voorziening.[7] Sterker nog, wanneer na een verkregen voorlopige voorziening het instellen van een hoofdzaak achterwege bleef, behield de voorlopige voorziening in beginsel gewoon haar werking.[8] In zoverre vertoonde de via een 116-procedure verkregen voorlopige voorziening gelijkenis met de op grond van een kortgedingprocedure voor de president van de rechtbank verkregen voorlopige voorziening, maar week zij af van de provisionele voorziening ex art. 51 Rv (oud). Voor laatstgenoemde voorziening was de aanhangigheid van een hoofdzaak namelijk wél vereist.

Een andere bijzonderheid van de 116-procedure betrof het feit dat ingevolge art. 116 lid 4 Rv (oud) tegen de beslissing van de kantonrechter op de gevorderde voorlopige voorziening geen hoger beroep of beroep in cassatie openstond. Art. 116 lid 5 Rv (oud) bood de partij tegen wie de vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening was toegewezen slechts de mogelijkheid om binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis een schriftelijke verklaring bij de kantonrechter in te dienen, waarin zij kon aangeven dat zij zich niet met het vonnis kon verenigen. Wanneer een dergelijke verklaring was ingediend, verloor het vonnis zijn kracht op het moment dat de hoofdzaak werd ingetrokken, of – indien de hoofdzaak nog niet aanhangig was – wanneer niet binnen vier weken na dagtekening van deze verklaring (alsnog) de dagvaarding in de hoofdzaak werd uitgebracht. Tegen de beslissing op een ex art. 51 Rv (oud) ingestelde provisionele vordering, evenals tegen de door de president in kort geding gegeven voorlopige voorziening, konden de rechtsmiddelen hoger beroep en beroep in cassatie daarentegen wel worden aangewend.

---

6 Net als het huidige art. 254 lid 4 Rv, creëerde art. 116 Rv (oud) een situatie van *mede*-bevoegdheid van de kantonrechter tot het geven van een voorlopige voorziening, welke bevoegdheid niets afdeed aan de bevoegdheid van de president van de rechtbank in kort geding. Zie ook HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 532, r.o. 3.2, tweede alinea.

7 Op dit punt was art. 116 Rv (oud) ruimer dan zijn voorganger art. 100 Rv (1965), dat bepaalde dat een voorlopige voorziening slechts gevorderd kon worden op het moment dat reeds een hoofdzaak aanhangig was. Vgl. J.H. Blaauw, *W. Schenk. Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 59.

8 Vgl. W.H. Heemskerk, *W. Hugenholtz. Hoofdlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, 19e druk, Den Haag: VUGA Uitgeverij B.V. 1998, p. 108 (nr. 123).

Onder het vernieuwde procesrecht zijn de mogelijkheden tot het verkrijgen van een voorlopige voorziening aanzienlijk geharmoniseerd. Toch bestaan er nog steeds verschillen tussen de langs de weg van art. 223 Rv verkregen provisionele voorziening, en de voorlopige voorziening die door middel van een kortgedingprocedure is verkregen. Alvorens de overeenkomsten en verschillen tussen de beide procedures nader te bespreken, wordt in de volgende paragraaf eerst ingegaan op de provisionele vordering.

3 De provisionele vordering ex art. 223 Rv

3.1 Reikwijdte en karakter

Reeds in 1872 heeft de Hoge Raad bepaald dat in beginsel iedere voorziening, welke zich ervoor leent om als voorlopige voorziening te worden toegewezen, door partijen bij wege van provisionele vordering kan worden gevorderd.[9] Het is dus niet vereist dat de gevraagde voorziening expliciet uit de wet voortvloeit.[10] Daarbij is het ook mogelijk dat de provisionele vordering strekt tot toewijzing van hetgeen wordt gevorderd in de hoofdzaak of een gedeelte daarvan.[11] Wel heeft nog enige tijd discussie bestaan met betrekking tot de samenhang tussen de provisionele vordering en de eis in de hoofdzaak.[12]

---

9 Vgl. HR 21 juni 1872, *W* 3474. Dit oordeel is nadien herhaald in HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert), m.nt. HJS, r.o. 3.3.

10 Zie in dit verband ook: E. Korthals Altes & H.A. Groen, *D.J. Veegens. Asser-serie Procesrecht. Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, p. 124 (nr. 56); H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2002, p. 294 (nr. 330) – ten tijde van het afronden van deze bijdrage was de 4e druk (2007) van dit boek nog niet beschikbaar, doch ik begreep van de auteurs dat de in de 3e druk gehanteerde nummering niet is gewijzigd; en, met betrekking tot art. 51 Rv (oud): R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Deel I.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 351, aant. 2 bij art. 51; L.E.H. Rutten, m.m.v. W.H. Ariëns, *Mr. C.W. Star Busmann. Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1972, p. 127-128 (nr. 161); H.E. Ras, *Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: N.V. Uitgeversmaatschappij S. Gouda Quint – D. Brouwer en zoon 1966, p. 106 (nr. 94); W.H. Heemskerk, 'Enige kanttekeningen bij de nieuwe regeling van het geding voor de kantonrechter', in: *NJB 1966*, p. 583-585; R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht*, Leiden: Boekhandel en Drukkerij voorheen E.J. Brill 1901, p. 7. Laatstgenoemde maakt daarbij de opmerking dat – met uitzondering van in de wet geregelde gevallen – een provisionele vordering alleen kan worden toegewezen voor de duur van het geding. In art. 223 Rv is dit thans gecodificeerd.

11 Vgl. HR 28 november 1986, *NJ* 1987, 507 (Nunumete/Oostermeijer), r.o. 3.2; alsmede HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113, r.o. 3.3.

12 Vgl. F. van Schaik, 'De provisionele eis als alternatief voor kort geding', *Advocatenblad* 1985, p. 76; en dezelfde, 'Art. 51 Rv, een onbekende spoedvoorziening', in: *Bodemloos? Spoedprocedures naar Nederlands recht. Jonge Balie Congresbundel 1987*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 108, beiden met verwijzingen naar verdere literatuur en jurisprudentie. Van Schaik

Sinds 2002 kan hierover echter geen onduidelijkheid meer bestaan, aangezien de wetgever in art. 223 lid 2 Rv thans uitdrukkelijk heeft bepaald dat de provisionele vordering *moet* samenhangen met de eis in de hoofdzaak.[13]

De verplichte samenhang van de provisionele vordering met de eis in de hoofdzaak hoeft voor de rechter geen beletsel te vormen om op de gevorderde voorziening te beslissen. Op gelijke wijze als voor de in kort geding gegeven voorlopige voorziening voortvloeit uit art. 257 Rv, geldt namelijk dat de voorlopige beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen – evenals een daarop gebaseerde toe- of afwijzing van de provisionele vordering – niet prejudicieert.[14] Dit is uiteraard anders, wanneer het oordeel betreffende de provisionele vordering is vervat in een tussenvonnis dat ook (bindende) eindbeslissingen bevat met betrekking tot de eis in de hoofdzaak, en het oordeel omtrent de provisionele vordering mede op deze eindbeslissingen is gebaseerd.[15]

Hoewel de rechter die op een provisionele vordering heeft beslist in beginsel dus niet aan zijn voorlopig oordeel is gebonden, zou bij partijen toch het gevoelen kunnen ontstaan dat deze rechter niet meer geheel onbevooroordeeld tegenover de hoofdzaak staat. In de praktijk wordt er om deze reden – in navolging van het Hauschildt arrest[16] – nog wel eens een wrakingsverzoek ingediend, teneinde te voorkomen dat de rechter die op de provisionele vordering heeft beslist ook over de eis in de hoofdzaak zal oordelen.[17] De slagingskans van een dergelijk wrakingsverzoek moet echter als miniem worden beschouwd. Recentelijk heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat het enkele feit dat een rechter voorafgaande aan de

---

komt tot de conclusie dat het *toelaatbaar* is om een provisionele vordering in te stellen, welke materieel gelijk is aan (en dus samenhangt met) de eis in de hoofdzaak, mits de aard van de hoofdzaak zich hiertegen niet verzet.

13 Zie in deze zin ook expliciet PG NRv, p. 389.

14 Vgl. HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 200, (Zingstra/Land van Cuyk) m.nt. HER, r.o. 3.1, derde alinea; HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113, r.o. 3.3, tweede alinea; alsmede HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 50 (Helm/Aerts c.s.), r.o. 3.11 in fine. Zie in dezelfde zin: Schenk/Blaauw 2002, p. 68.

15 Vgl. G. Snijders, in: E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (hoofdred.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 3 in fine bij art. 223 Rv.

16 In EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990, 627 (Hauschildt/Denemarken), m.nt. PvD, oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een strafzaak – kort samengevat – dat onder omstandigheden kan worden getwijfeld aan de onpartijdigheid van een rechter, indien deze rechter in een eerder stadium van de procedure reeds een inhoudelijk oordeel heeft gegeven omtrent aspecten die in het kader van de definitieve beoordeling eveneens een rol spelen.

17 Dergelijke wrakingsverzoeken zijn in het verleden regelmatig ingediend tegen kantonrechters die in het kader van een 116-procedure reeds hadden beslist op een met de hoofdzaak samenhangende voorlopige voorziening. Vgl. C.J.J. van Maanen, in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak, *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, aant. 5a in fine bij art. 223. In het navolgende zal dit werk worden aangehaald als: '(T&C Rv) 2005'; alsmede P. Ingelse, 'Kroniek dagvaardingsprocedure in eerste aanleg', *TCR* 1998-2, p. 36.

zitting reeds beslissingen heeft genomen, onvoldoende is om objectief gerechtvaardigde twijfels te hebben omtrent zijn onpartijdigheid.[18] Daarvoor oordeelde de Hoge Raad al dat de enkele omstandigheid dat een rechter reeds eerder bemoeienis met een zaak heeft gehad onvoldoende is om – objectief gezien – de vrees van onpartijdigheid te rechtvaardigen, en op basis daarvan aan te nemen dat deze rechter niet meer als onpartijdig rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM zou kunnen beslissen.[19]

Ondertussen is het natuurlijk de vraag of de rechter die heeft beslist op een provisionele vordering, het op een wrakingsverzoek moet laten aankomen. Om ook maar alle schijn van partijdigheid te vermijden zou deze rechter kunnen overwegen de behandeling van de hoofdzaak informeel over te dragen aan een andere rechter.[20] Daarbij moet wel bedacht worden dat het overdragen van de behandeling van de hoofdzaak ook juist aanleiding voor een wrakingsverzoek kan vormen, zoals onlangs is gebleken in een procedure bij de Rechtbank Haarlem.[21] In die zaak werd ten tijde van de pleidooien de voltallige rechtbank (meervoudige kamer) vervangen op grond van het bij de rechtbank bestaande rouleerbeleid. De drie rechters die tot dan toe bij de zaak betrokken waren, hadden in een tussenvonnis geoordeeld dat aan de eisende partij een – nader door een deskundige te bepalen – schadevergoeding toegewezen diende te worden. De eisende partij, die zich in de vervanging van deze haar welgevallige rechters niet kon vinden, diende vervolgens een wrakingsverzoek in tegen de voltallige nieuwe rechtbank. Dit verzoek is terecht afgewezen, nu er ten aanzien van de nieuwe rechters geen enkele aanleiding bestond om aan te nemen dat deze partijdig of bevooroordeeld zouden zijn.

De hierboven beschreven zaak is minder uitzonderlijk dan zij op het eerste gezicht lijkt. Omdat zaken bij de sector civiel van de rechtbank op grond van het in art. 15 Rv bepaalde in beginsel enkelvoudig worden behandeld en beslist, roept de rechter die op een provisionele vordering heeft beslist en de behandeling van de hoofdzaak vervolgens overdraagt aan een andere rechter, feitelijk een vergelijkbare situatie in het leven. Hoewel een naar aanleiding daarvan ingesteld wrakingsverzoek tegen de opvolgende rechter in lijn met de uitspraak van de Rechtbank Haarlem praktisch als kansloos moet worden beschouwd, wordt de behandeling van de hoofdzaak door een dergelijk verzoek ex art. 37 lid 5 Rv wel geschorst. De rechter die op de provisionele vordering heeft beslist, zal de mogelijkheid van een eventueel misbruik van het wrakingsverzoek daarom dienen te betrekken in zijn overwegingen om de hoofdzaak al dan niet over te dragen.

---

18 Zie EHRM 15 februari 2007, appl. nr. 15048/03, *NJB* 2007, 893 (Mathony/Luxemburg).

19 Vgl. HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 382 (De Regt/Veghel), m.nt. JBMV, r.o. 3.4; en recenter HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197, r.o. 3.3.2.

20 Zoals betoogd door P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Spel der Voorzieningen', *TCR* 2003-2, p. 39.

21 Vgl. Rb. Haarlem 28 maart 2007, *NJF* 2007, 329.

3.2 Verloop van de incidentele procedure

Een provisionele vordering kan door zowel de eiser als de gedaagde in de hoofdzaak worden ingesteld, zo volgt uit art. 223 Rv. Aangezien de wetgever de provisionele vordering heeft ondergebracht in de afdeling omtrent incidentele vorderingen (afdeling 2.10), moet voor de wijze waarop dit dient te gebeuren worden gekeken naar de voor incidentele vorderingen geldende algemene bepalingen (art. 208 en 209 Rv).

Uit art. 208 Rv kan impliciet worden afgeleid dat het partijen vrij staat om in iedere stand van het geding een provisionele vordering in te stellen. Het artikel bepaalt slechts dat een dergelijke vordering kan worden ingesteld bij dagvaarding of bij met redenen omklede conclusie. Desalniettemin zal een provisionele vordering over het algemeen slechts op bepaalde momenten in de procedure worden ingesteld. De eisende partij in de hoofdzaak zal een provisionele vordering doorgaans opnemen in haar inleidende dagvaarding in de hoofdzaak. Zeker nu in het kader van het vernieuwde procesrecht de conclusie van eis is afgeschaft.[22] Hoewel het voor deze partij eveneens mogelijk is om een provisionele vordering bij latere incidentele conclusie in te stellen, zal dit zich in de praktijk minder vaak voordoen. In beginsel beperkt het debat tussen partijen zich immers tot één schriftelijke ronde en een comparitie van partijen (vgl. art. 131 en 132 Rv), gevolgd door een (eind)vonnis. Het relatief korte tijdsbestek waarbinnen dit debat plaatsvindt, brengt mee dat het slechts in een klein aantal gevallen noodzakelijk zal zijn om – wanneer dit in de inleidende dagvaarding niet is gebeurd – bij latere incidentele conclusie alsnog een provisionele vordering in te stellen.[23] Om dezelfde reden ligt het voor de hand dat de gedaagde in de hoofdzaak een provisionele vordering zal instellen bij de conclusie van antwoord, en niet bij latere incidentele conclusie. Met betrekking tot de procedure bij de sector kanton moet in dit verband overigens worden gewezen op de bijzonderheid dat de provisionele vordering mondeling kan worden ingesteld. Art. 82 lid 2 Rv bepaalt immers dat conclusies en akten in zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen, ook mondeling ter terechtzitting genomen kunnen worden.[24]

Van verschillende zijden is er op gewezen dat de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering alles behalve 'ingeburgerd' is, zodat partijen er niet klakkeloos vanuit kunnen gaan dat adequaat op een ingestelde

22 Vgl. PG NRv, p. 380.

23 Van Maanen (T&C Rv) 2005, aant. 1b bij art. 208 Rv, noemt de situatie waarin de eisende partij in de hoofdzaak heeft verzuimd om de provisionele vordering in te stellen bij de inleidende dagvaarding. Het alsnog instellen van de provisionele vordering bij afzonderlijke incidentele conclusie kan dan wellicht uitkomst bieden. Daarnaast kan de noodzaak voor een provisionele vordering natuurlijk ook pas tijdens het geding ontstaan.

24 Vgl. PG NRv, p. 381; alsmede art. 4.4 RRK (Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren), Staatscourant 19 juni 2003, nr. 115, p. 24.

provisionele vordering wordt gereageerd.[25] Zo bevat het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken (LRR)[26] hieromtrent geen bepaling. De tweede zin van art. 2.2 LRR bepaalt slechts dat indien met een processtuk tevens een andere proceshandeling wordt verricht dan waar de zaak voor stond, hiervan in de kop van dat processtuk melding wordt gemaakt.[27] Ten aanzien van het opnemen van een provisionele vordering in de conclusie van antwoord zal dit niet veel problemen opleveren,[28] en zal het snel duidelijk zijn dat door de gedaagde in de hoofdzaak een incidentele vordering wordt opgeworpen. Wanneer echter de eisende partij in de hoofdzaak in haar inleidende dagvaarding een provisionele vordering wenst op te nemen is dit anders. De kop van de dagvaarding bevat immers reeds de namen van partijen en andere door de artikelen 45 lid 2 en 111 lid 2 Rv voorgeschreven gegevens. De provisionele vordering komt pas in het lichaam van de dagvaarding aan bod, zodat deze gemakkelijk over het hoofd gezien kan worden. Het is dan ook van essentieel belang om bij het aanbrengen van de dagvaarding expliciet aan de (rol)rechter en de wederpartij kenbaar te maken dat tevens een provisionele vordering wordt ingesteld.

In het verleden is wel betoogd dat de eisende partij die reeds bij dagvaarding een provisionele vordering instelt, deze dagvaarding – in ieder geval voor zover het de provisionele voorziening betreft – op verkorte termijn zou moeten uitbrengen. Dit, teneinde te bereiken dat op de eerste rolzitting slechts een kort peremptoir uitstel wordt verleend aan de gedaagde partij voor de conclusie van antwoord in het incident, en dat het nemen van conclusies van repliek en dupliek ex art. 145 Rv (oud) wordt uitgesloten, zodat snel een uitspraak op de provisionele vordering verkregen kan worden.[29] Mijns inziens kan onder het huidige procesrecht worden volstaan met het uitbrengen van een dagvaarding op de gewone termijn. Door de (rol)rechter en de wederpartij

25 Vgl. bijvoorbeeld Schenk/Blaauw 2002, p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 177 (nr. 189), en p. 294 (nr. 330); alsmede Snijders (losbl.), aant. 7 bij art. 223 Rv. Welke onverkwikkelijke gevolgen dit kan hebben voor de partij die de provisionele vordering instelt, blijkt bijvoorbeeld uit HR 7 januari 2000, *NJ* 2000, 186 (Van Bentem/Van Oorschot q.q.), r.o. 3.2-3.4.

26 Staatscourant 9 februari 2007, nr. 29, p. 24.

27 Ook het RRK blinkt op dit punt niet uit in duidelijkheid. Art. 10.1 RRK bepaalt slechts dat de sector kanton de wijze waarop voorzieningen bij voorraad dienen te worden aangebracht en behandeld, in een bijzonder reglement regelt. Daarbij wordt verwezen naar een als Appendix II bij het RRK gevoegde – maar opmerkelijk genoeg niet in de Staatscourant gepubliceerde – modelreglement. Het Uniform rolreglement van de gerechtshoven (URG) is op dit punt iets duidelijker, door in art. 4.1 URG te bepalen dat de partij die een incident wil opwerpen, zulks kan doen in de appeldagvaarding, bij afzonderlijke incidentele memorie of bij een reguliere memorie. In het laatste geval dient in het opschrift uitdrukkelijk kenbaar te worden gemaakt dat tevens een incidentele vordering wordt ingesteld.

28 De kop van dit processtuk zou kunnen luiden: 'Conclusie van antwoord, tevens houdende vordering tot provisionele voorziening ex art. 223 Rv'.

29 Vgl. Van Boneval Faure 1901, p. 11-12; Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 286 (nr. 309); Van Schaik 1985, p. 77; dezelfde 1987, p. 110.

expliciet te wijzen op de ingestelde provisionele vordering, kan worden bewerkstelligd dat de zaak – voor zover het de provisionele vordering betreft – wordt verwezen naar de rol voor de conclusie van antwoord in het incident. Daarmee wordt op korte termijn een beslissing op de provisionele vordering verkregen.

De wederpartij van de partij die de provisionele vordering instelt, heeft het recht om op deze vordering te reageren door middel van een conclusie van antwoord in het incident.[30] Dit blijkt uit art. 128 Rv, dat ingevolge art. 208 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing is op de provisionele vordering. Art. 208 lid 2 Rv bepaalt vervolgens dat het nemen van conclusies van repliek en dupliek slechts in bijzondere gevallen door de rechter zal worden toegestaan. Hiervoor bestaan goede redenen. In de eerste plaats heeft het instellen van een provisionele vordering ten gevolge dat er binnen de hoofdzaak een incidentele procedure ontstaat, welke een voortvarende behandeling van de hoofdzaak in de weg kan staan.[31] Daarnaast betekent het nemen van conclusies van repliek en dupliek dat partijen langer moeten wachten op een beslissing van de rechter omtrent de provisionele vordering, hetgeen gelet op de aard van die vordering over het algemeen niet gewenst zal zijn. Tot slot kan er op worden gewezen dat het vreemd zou zijn wanneer partijen in het kader van een provisionele vordering wél standaard de gelegenheid zouden krijgen voor het nemen van conclusies van repliek en dupliek, terwijl dit in de hoofdzaak – gelet op art. 132 Rv – niet het geval is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever ten aanzien van het nemen van conclusies van repliek en dupliek in incidentele procedures zelfs strenger heeft willen zijn, dan ten aanzien van het nemen van dergelijke conclusies in de hoofdzaak. In dit verband wordt door de wetgever overwogen dat het geschil in een incident doorgaans zodanig scherp is afgebakend, dat in de regel volstaan kan worden met één schriftelijke ronde.[32]

Een provisionele vordering moet uiteraard voldoende worden onderbouwd. Voor het geval dat de provisionele vordering is opgenomen in de inleidende dagvaarding vloeit dit mutatis mutandis voort uit art. 111 lid 2 sub d Rv, dat bepaalt dat de dagvaarding de eis en de gronden daarvan dient te bevatten. Ten aanzien van de bij wege van incidentele conclusie ingestelde provisionele

30 Hiervoor wordt in beginsel een termijn van 2 weken aangehouden, welke termijn in gecompliceerde zaken kan worden verlengd tot 6 weken (art. 2.7 LRR en de daarbij behorende noot 26). Deze termijn kan onder omstandigheden met maximaal 2 respectievelijk 6 weken worden verlengd (art. 2.9 LRR en de daarbij behorende noot 29). Voor bij de sector kanton of in hoger beroep ingestelde provisionele vorderingen gelden afwijkende termijnen. Zie daarvoor respectievelijk de artikelen 6.1 en 6.4 RRK, en art. 4.2 URG.

31 Het feit dat onmiddellijk (vooraf) op de ingestelde incidentele vordering moet worden beslist, behoeft de behandeling van de hoofdzaak overigens niet per definitie op te houden. Indien noodzakelijk kan er voor gekozen worden om gelijktijdig, maar afzonderlijk in de hoofdzaak en het incident verder te procederen. Vgl. Snijders (losbl.), aant. 1 bij art. 209 Rv.

32 Vgl. PG NRv, p. 380.

vordering valt uit art. 208 lid 1 Rv af te leiden dat de incidentele conclusie met redenen omkleed moet zijn. Ook de incidentele conclusie van antwoord met betrekking tot de provisionele vordering moet deugdelijk onderbouwd worden, zo volgt uit art. 128 lid 2 Rv, dat krachtens art. 208 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing is op de conclusie van antwoord in het incident.

Dat onmiddellijk op de provisionele vordering moet worden beslist volgt niet uit art. 223 Rv, maar uit art. 209 Rv. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat, indien de zaak dat medebrengt, eerst en vooraf op incidentele vorderingen wordt beslist. Gelet op de aard van de provisionele vordering – een voorlopige voorziening voor de duur van de hoofdzaak – zal de rechter vooraf op deze vordering moeten beslissen in een provisioneel tussenvonnis. Immers, wanneer de rechter pas gelijktijdig met de uitspraak in de hoofdzaak op de provisionele vordering zou beslissen, dan zou de mogelijkheid om langs deze weg een voorlopige voorziening te verkrijgen van geen enkele waarde zijn. Daar komt bij dat de rechter die weigert om onmiddellijk (vooraf) op een ingestelde provisionele vordering te beslissen naar mijn mening in strijd handelt met het bepaalde in de artikelen 23 en 26 Rv.[33]

Indien de gedaagde partij in het incident zich met betrekking tot de ingestelde provisionele vordering heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechter, of zij op een andere wijze kenbaar heeft gemaakt geen bezwaar te hebben tegen een toewijzing van de provisionele vordering – iets dat zich in de praktijk waarschijnlijk niet zo snel zal voordoen – zal aanstonds een (eventueel ex art. 232 lid 2 sub b Rv ongemotiveerd) provisioneel tussenvonnis gewezen kunnen worden.[34] Dit neemt vanzelfsprekend niet weg dat de rechter in dat tussenvonnis kan beslissen dat de incidenteel eiser niet-ontvankelijk is wegens het ontbreken van voldoende belang bij de provisionele vordering (vgl. art. 3:303 BW), of dat hij de provisionele vordering – om welke reden dan ook – gemotiveerd kan afwijzen. Voor het geval dat de gedaagde partij in het incident inhoudelijk op de provisionele vordering heeft gereageerd, vloeit uit art. 2.13 LRR voort dat de termijn voor het wijzen van een provisioneel tussenvonnis is bepaald op maximaal 4 weken na het nemen van de incidentele conclusie van antwoord.[35]

---

33 Art. 23 Rv: 'De rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht', art. 26 Rv: 'De rechter mag niet weigeren te beslissen'.

34 Vgl. in deze zin PG NRv, p. 377.

35 Het RRK bevat geen specifieke termijn voor het wijzen voor een provisioneel vonnis, zodat moet worden aangenomen dat daarvoor ex art. 1.7 RRK de algemene vonnistermijn van 4 weken geldt. Indien de gedaagde zich ten aanzien van de provisionele vordering heeft gerefereerd aan het oordeel van de Kantonrechter, geldt ex art. 1.8 RRK een vonnistermijn van 2 weken. Hoewel dergelijke bepalingen in het URG opmerkelijk genoeg ontbreken – dat reglement noemt enkel termijnen waar partijen zich aan dienen te houden, zulks met uitzondering van art. 6.7 URG, waarin ten aanzien van het spoedappel in kort geding wordt bepaald dat het hof op zo kort mogelijke termijn uitspraak doet – zullen ook de gerechtshoven vooraf en met de nodige voortvarendheid op een provisionele vordering moeten beslissen. Een termijn van maximaal 4 weken na het nemen van de incidentele memorie

3.3 Toepasselijkheid buiten de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg

Hoewel art. 223 Rv is opgenomen in de titel omtrent de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg (titel 2), is de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering niet tot die procedure beperkt. Een dergelijke beperking zou ook niet logisch zijn, aangezien de noodzaak voor een voorlopige voorziening evengoed pas kan ontstaan in een later stadium van de procedure. Om in dat geval de weg van de provisionele vordering af te sluiten, en partijen daarmee feitelijk te dwingen een kortgedingprocedure te entameren komt niet efficiënt voor. Bovendien zou dit er toe leiden dat over eenzelfde kwestie procedures bij verschillende instanties aanhangig zijn, met alle mogelijke complicaties – waaronder de mogelijkheid van tegenstrijdige uitspraken – van dien.

De mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering vloeit ten aanzien van een aantal procedures voort uit schakelbepalingen, die art. 223 Rv op de betreffende procedure van overeenkomstige toepassing verklaren. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van het hoger beroep (art. 353 Rv). Wanneer een partij echter voor het eerst in hoger beroep een provisionele vordering instelt, dient zij zich wel te realiseren dat zij daarmee een instantie verspeelt, aangezien tegen een in hoger beroep gewezen uitspraak slechts beroep in cassatie openstaat.[36] Verder moet bij het instellen van een provisionele vordering in hoger beroep goed worden opgelet, omdat hier gemakkelijk een Babylonische spraakverwarring kan ontstaan.[37] De provisionele vordering betreft immers een incidentele vordering, welke goed moet worden onderscheiden van het incidenteel hoger beroep dat door de geïntimeerde ex art. 339 lid 3 Rv kan worden ingesteld tegen het vonnis a quo uit eerste aanleg. Dat geldt vanzelfsprekend in versterkte mate, wanneer het incident waarbij de provisionele vordering wordt ingesteld door de geïntimeerde wordt opgeworpen. De twee hierboven bedoelde procedures moeten bovendien worden onderscheiden van het hoger beroep dat ex art. 337 lid 1 Rv kan worden ingesteld tegen een provisioneel (incidenteel) tussenvonnis uit eerste aanleg.

Andere procedures ten aanzien waarvan de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering uit schakelbepalingen kan worden afgeleid zijn het derdenverzet (art. 377 Rv) en de herroeping (art. 385 Rv). Met betrekking tot het verzet bestaat een dergelijke schakelbepaling niet, maar kan

---

van antwoord, vergelijkbaar met de in eerste aanleg gestelde termijn, komt mij daarbij redelijk voor.

36 Zie in dit verband HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 349 (Allart/Kist-Hubert II), r.o. 3, laatste alinea. Deze uitspraak betreft een vervolg op de uitspraak HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert), m.nt. HJS. Onder punt 4 van zijn noot bij laatstgenoemd arrest maakt Snijders reeds melding van het feit dat een instantie wordt verspeeld, indien een provisionele vordering voor het eerst in hoger beroep wordt ingesteld.

37 Het gevaar van deze spraakverwarring is eerder gesignaleerd door W.H. Heemskerk in zijn noot onder HR 20 april 1979, *NJ* 1980, 148.

worden gewezen op art. 147 Rv. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de verzetprocedure op gelijke wijze verloopt als de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg. Daaruit valt impliciet af te leiden dat de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering eveneens in de verzetprocedure bestaat.

Ook ten aanzien van de verzoekschriftprocedure ontbreekt een schakelbepaling. Aangenomen wordt echter dat art. 223 Rv naar analogie kan worden toegepast op de verzoekschriftprocedure.[38] De verzoekende partij kan een provisionele vordering[39] opnemen in haar verzoekschrift, waarbij het net als ten aanzien van de dagvaarding aanbeveling verdient om hiervan expliciet melding te maken in het verzoekschrift. De verwerende partij kan vervolgens in haar verweerschrift reageren op deze vordering. Wanneer de verwerende partij in het verweerschrift een provisionele vordering opneemt, kan de rechter aan de oorspronkelijke verzoeker de gelegenheid geven om tegen deze vordering een verweerschrift in te dienen (vgl. art. 282 lid 4 Rv), of kan de oorspronkelijke verzoeker mondeling op de provisionele vordering reageren tijdens de mondelinge behandeling. De rechter dient vervolgens op de ingestelde provisionele vordering te beslissen in een provisionele tussenbeschikking.

Met betrekking tot de cassatieprocedure laat zich de vraag of daarin een provisionele vordering kan worden ingesteld minder gemakkelijk beantwoorden. In art. 418a Rv (schakelbepaling) is in ieder geval niet bepaald dat art. 223 Rv van overeenkomstige toepassing is op de cassatieprocedure.[40] Deze omstandigheid is naar mijn mening echter niet doorslaggevend. Immers, ook ten aanzien van het verzet en de verzoekschriftprocedure is art. 223 Rv niet expliciet van overeenkomstige toepassing verklaard. Desalniettemin bestaat in die procedures de mogelijkheid om een provisionele vordering in te stellen. Voor de cassatieprocedure zou naar analogie eenzelfde mogelijkheid afgeleid kunnen worden.[41] Ook de jurisprudentie lijkt (impliciet) een opening te bieden

38 Vgl. bijvoorbeeld Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 306-307 (nr. 342); Snijders (losbl.), aant. 9 in fine bij art. 223 Rv; alsmede Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39.

39 Gelet op de ten aanzien van de verzoekschriftprocedure gehanteerde terminologie zou het juister zijn om van een provisioneel *verzoek* te spreken. Omwille van de uniformiteit hanteer ik echter ook hier de term provisionele *vordering*.

40 Snijders (losbl.), aant. 9 bij art. 223 Rv, meent om deze reden dat het instellen van een provisionele vordering in cassatie niet mogelijk is.

41 Vgl. in dit verband ook Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, p. 328-329 (nr. 154): 'In art. 418a is weliswaar van de tweede titel van het wetboek de tiende afdeling niet van overeenkomstige toepassing verklaard, maar dat doet niet eraan af dat verschillende in die afdeling geregelde incidentele vorderingen ook in cassatie aan de orde kunnen komen. (…) Hoewel art. 223 niet van overeenkomstige toepassing in cassatie is verklaard, valt de mogelijkheid tijdens een bij de Hoge Raad aanhangig geding bij wege van incidentele vordering een voorlopige voorziening te vragen, niet uit te sluiten. Die voorziening zal moeten samenhangen met de hoofdvordering. De beslissing daarop bindt de Hoge Raad niet bij het geven van een beslissing in de hoofdzaak'.

voor de toepasselijkheid van art. 223 Rv op de cassatieprocedure.[42] Voor het aannemen van de mogelijkheid om in cassatie een provisionele vordering in te stellen kan voorts worden gewezen op art. 415 Rv. Dit artikel bepaalt in het eerste lid dat de vordering tot zekerheidstelling en alle andere incidentele vorderingen in cassatie kunnen worden ingesteld bij conclusie ter rolle.[43] Hoewel de wetgever hierbij uitsluitend heeft gedacht aan incidenten van zuiver processueel karakter die bij de gedingvoering in cassatie kunnen rijzen,[44] en de Hoge Raad in lijn hiermee in een eerdere uitspraak een strikte uitleg heeft gegeven aan art. 415 Rv,[45] lijkt het mij niet onmogelijk dat de ruime formulering van dat artikel ('alle andere incidentele vorderingen') kan worden aangegrepen om de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering in cassatie aan te nemen.[46] Een dergelijke ruime interpretatie van art. 415 Rv zou kunnen voorkomen dat partijen feitelijk worden gedwongen om naast de cassatieprocedure een kortgedingprocedure aanhangig te maken, teneinde de gewenste voorlopige voorziening te verkrijgen. Dit laatste betekent immers dat met betrekking tot dezelfde kwestie gelijktijdig in meerdere instanties geprocedeerd wordt, hetgeen zou kunnen leiden tot tegenstrijdige uitspraken. De aard van de cassatieprocedure – waarin zoals bekend in beginsel slechts mag worden geoordeeld over het recht en niet over de feiten[47] – vormt vooralsnog echter het grootste beletsel voor het instellen van een provisionele vordering in cassatie.

Een buitenbeentje vormt tenslotte de in kort geding ingestelde provisionele vordering. In dat geval is er immers reeds een procedure tot het verkrijgen van een voorlopige voorziening aanhangig, zodat van het vorderen van een voorlopige voorziening in de tweede graad kan worden gesproken. Aangenomen moet worden dat een dergelijke provisionele vordering tijdens een aanhangig kort geding mogelijk is, mits daarmee met het oog op het onvermijdelijk uitblijven van een beslissing in het kort geding, een redelijk belang van een of meer partijen wordt gediend.[48]

---

42 Zie HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113, r.o. 3.4, waar de Hoge Raad met betrekking tot het ten onrechte door het hof niet-ontvankelijk verklaren van de incidenteel eiser in zijn provisionele vordering overweegt: 'Uit het in 3.1 overwogene volgt dat hetgeen de zoon provisioneel heeft gevorderd in de hoofdzaak voor toewijzing gereed ligt. (…) De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen door bij provisioneel arrest die vordering toe te wijzen'.

43 De wijze waarop een incidentele vordering in een cassatieprocedure wordt ingesteld, wordt nader uitgewerkt in art. 13 RHR (Rolreglement Hoge Raad der Nederlanden), Staatscourant 10 juli 2003, nr. 130, p. 28.

44 Vgl. Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, p. 327 (nr. 154).

45 Zie HR 24 juni 1966, *NJ* 1966, 464.

46 Ook art. 418a Rv lijkt daarvoor de ruimte te bieden. Vgl. het in noot 41 supra opgenomen citaat.

47 Vgl. art. 419 lid 3 Rv; alsmede Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, p. 83 (nr. 35).

48 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 27 juni 1961, *NJ* 1962, 331 (Bink/Het Bossche Broek).

3.4 Geldingsduur van een verkregen provisionele voorziening

Wanneer de rechter een provisionele voorziening heeft getroffen, dan geldt deze voor de duur van het geding, aldus art. 223 Rv. Dit betekent dat de provisionele voorziening haar werking verliest, zodra de einduitspraak in de hoofdzaak in kracht van gewijsde is gegaan. De partij die wil dat de naar aanleiding van een gegeven provisionele voorziening ontstane situatie ook nadien voortduurt, zal in de hoofdzaak een vordering van gelijke strekking als de provisionele vordering moeten instellen. De provisionele voorziening, die met het in kracht van gewijsde gaan van de einduitspraak in de hoofdzaak komt te vervallen, wordt dan vervangen door de toewijzing van de gelijkluidende vordering in de hoofdzaak. Indien de provisionele vordering is geïncorporeerd in de vordering in de hoofdzaak, is het instellen van een dergelijke gelijkluidende vordering overigens niet noodzakelijk. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het geval dat de provisionele vordering de toewijzing van een voorschot betreft op het in de hoofdzaak gevorderd bedrag. Mocht de rechter de vordering in de hoofdzaak echter afwijzen, dan vervalt de provisionele voorziening alsnog op het moment dat de uitspraak in de hoofdzaak in kracht van gewijsde is gegaan.

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat ook het intrekken van de hoofdzaak tot gevolg heeft dat de provisionele voorziening komt te vervallen.[49] Dit betekent dat wanneer partijen – al dan niet naar aanleiding van het provisionele tussenvonnis – tot een schikking komen, en zij in dat verband de hoofdzaak wensen in te trekken, daarmee ook de provisionele voorziening zal komen te vervallen. Mochten partijen de gevolgen van een gegeven provisionele voorziening evenwel in stand willen laten, dan kunnen zij daaromtrent in de in het kader van de tot stand gekomen schikking op te stellen vaststellingsovereenkomst natuurlijk afspraken maken. De provisionele voorziening vervalt dan weliswaar door het intrekken van de hoofdzaak, maar deze wordt vervangen door de gelijkluidende partijafspraken. Wanneer de vaststellingsovereenkomst vervolgens via de weg van art. 87 lid 3 Rv in een proces-verbaal wordt neergelegd, wordt bovendien alsnog een executoriale titel voor deze afspraken verkregen. Laatstgenoemd artikel bepaalt immers dat de uitgifte van dat proces-verbaal in executoriale vorm geschiedt. Op deze wijze kan worden voorkomen dat partijen worden gedwongen tot doorprocederen, louter teneinde te voorkomen dat een verkregen provisionele voorziening komt te vervallen.

Vanzelfsprekend is het mogelijk dat een rechtsmiddel wordt ingesteld tegen de einduitspraak in de hoofdzaak, zodat deze uitspraak niet in kracht van

---

49 Vgl. PG NRv, p. 389. Op dit punt bestaat enige gelijkenis met de 116-procedure. In die procedure verviel een voorlopige voorziening immers ook op het moment dat de hoofdzaak werd ingetrokken, nadat de wederpartij een verklaring als bedoeld in art. 116 lid 5 Rv (oud) had ingediend. Zie hiervoor § 2.

gewijsde gaat. Een gegeven provisionele voorziening blijft in dat geval ook van kracht voor de duur van de verzetprocedure, het hoger beroep en de cassatieprocedure.[50] Indien beide partijen echter hebben berust in de einduitspraak in de hoofdzaak, en het dus niet meer mogelijk is om daartegen een rechtsmiddel in te stellen, gaat deze uitspraak versneld in kracht van gewijsde en zal ook de provisionele voorziening versneld haar werking verliezen.[51]

Naast de mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel tegen de einduitspraak in de hoofdzaak, bestaat ook de mogelijkheid om ex art. 337 lid 1 Rv separaat en tussentijds een rechtsmiddel in te stellen tegen een provisioneel tussenvonnis.[52] Hoewel dit gelet op de aard van de in een provisioneel tussenvonnis gegeven beslissing wel verklaarbaar is, wordt hiermee afgeweken van de hoofdregel dat tegen tussenvonnissen – behoudens rechterlijk verlof – slechts hoger beroep kan worden ingesteld, wanneer dit tegelijk met het hoger beroep tegen de einduitspraak in de hoofdzaak gebeurt (vgl. art. 337 lid 2 Rv[53]). Wanneer een partij echter van deze mogelijkheid tot tussentijds appel gebruik maakt, kan zij ter gelegenheid van het hoger beroep tegen de einduitspraak in de hoofdzaak niet nogmaals appel instellen tegen het provisionele tussenvonnis.[54] De wederpartij kan dit wel, en wordt om die reden niet gedwongen om incidenteel mee te appelleren op het moment dat tussentijds appel wordt ingesteld.[55] Mocht de wederpartij evenwel incidenteel hoger beroep instellen, dan vervalt ook voor haar de mogelijkheid tot het (opnieuw) appelleren tegen het provisionele tussenvonnis gelijktijdig met het hoger beroep tegen de einduitspraak in de hoofdzaak. Omdat het mogelijk is dat de appelrechter een ander oordeel velt met betrekking tot de provisionele vordering, kan een in eerdere instantie gegeven provisionele voorziening daarmee ook

50 Vgl. W.H. Heemskerk, *W. Hugenholtz. Hoofdlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2006, p. 110 (nr. 103); Schenk/Blaauw 2002, p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 294 (nr. 330); G. Snijders (losbl.), aant. 6 bij art. 223 Rv; Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39; en met betrekking tot art. 51 Rv (oud): Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 286 (nr. 309); Van Schaik 1985, p. 76-77; dezelfde 1987, p. 110. Laatstgenoemde wijst er op dat op deze wijze wordt voorkomen dat telkens veranderingen zouden optreden in de feitelijke toestand van de zaak, en dat de voorlopige voorziening er nu juist toe dient om een stabiele toestand te creëren totdat definitief over de hoofdzaak is beslist.

51 De berusting en de gevolgen daarvan worden voor de verzetprocedure geregeld in art. 143 lid 4 Rv, voor de procedure in hoger beroep in art. 334 Rv, en voor de cassatieprocedure in art. 400 Rv. Aan het aannemen van berusting stelt de Hoge Raad overigens strenge eisen. Vgl. bijvoorbeeld Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 166 (nr. 145), met verwijzing naar jurisprudentie omtrent de aan een berusting te stellen eisen.

52 Voor het cassatieberoep ten aanzien van een door het hof in hoger beroep gewezen provisioneel tussenarrest geldt een vergelijkbare bepaling. Zie art. 401a lid 1 Rv.

53 Met betrekking tot het cassatieberoep geldt wederom een vergelijkbare bepaling. Zie art. 401a lid 2 Rv.

54 Vgl. HR 16 oktober 1992, *NJ* 1992, 791 (Muller Massis/De Vita c.s.), r.o. 4.2 in fine.

55 HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 299 (Van de Rakt/Veltman q.q.), m.nt. HER, r.o. 3.2.

tijdens het geding – nog voordat een einduitspraak in de hoofdzaak is verkregen – alsnog haar werking verliezen.

In plaats van het instellen van hoger beroep tegen een provisioneel tussenvonnis, zou verder nog kunnen worden gedacht aan het vorderen van een wijziging of intrekking van de gegeven provisionele voorziening. Een dergelijke wijziging of intrekking zal moeten worden ingesteld door middel van een provisionele vordering, bij de rechter bij wie de hoofdzaak op dat moment aanhangig is.[56] Interessant is dat dit ook de mogelijkheid lijkt te openen om in de hoofdzaak door middel van een provisionele vordering een wijziging of intrekking te vorderen van een door de kortgedingrechter gegeven voorlopige voorziening. Die laatste voorziening verliest immers haar werking door een andersluidende (provisionele) uitspraak in de hoofdzaak, mits die uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.[57] Het omgekeerde – het in een kortgedingprocedure vorderen van een wijziging of intrekking van een gegeven provisionele voorziening – lijkt mij, gezien het primaat van de bodemprocedure, onmogelijk.[58] Voor het slagen van een vordering tot wijziging of intrekking van een gegeven provisionele voorziening is naar mijn mening vereist dat er sprake is van veranderde omstandigheden of 'nova' ten aanzien van het onderwerp van de provisionele voorziening, welke de wijziging of intrekking rechtvaardigen. Dit is een aanzienlijk ruimer criterium dan de drie gronden waarop een in kracht van gewijsde gegaan vonnis kan worden herroepen (vgl. art. 382 Rv).

4 Vergelijking met de kortgedingprocedure

4.1 Twee varianten van de kortgedingprocedure

In het vorenstaande is reeds opgemerkt dat de procedures waarmee een voorlopige voorziening kan worden verkregen onder het nieuwe procesrecht aanzienlijk zijn geharmoniseerd. Naast het expliciet codificeren van de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering in art. 223 Rv, betreft de grootste wijziging de incorporatie van de 116-procedure in de algemene

56 Vgl. Snijders (losbl.), aant. 5 bij art. 223 Rv.

57 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 298 (nr. 334), alwaar wordt opgemerkt dat een andersluidend oordeel in de bodemprocedure geen vernietiging van het kortgedingvonnis met zich meebrengt, maar wel ten gevolge heeft dat de in het kortgedingvonnis getroffen voorlopige voorziening met terugwerkende kracht vervalt. Zie voor het onderscheid tussen een andersluidend oordeel in de bodemprocedure en de vernietiging van het kortgedingvonnis ook Schenk/Blaauw 2002, p. 27 en 215-216.

58 Vgl. in dit verband HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (Staat/NVV c.s.), m.nt. HJS, r.o. 3.2; alsmede HR 9 september 2005, *NJ* 2007, 140 (Wenckebach/NOB), m.nt. HJS, r.o. 3.3, aanhef. In zijn noten onder de beide arresten gaat Snijders nader in op de verhouding tussen de kortgedingprocedure en de bodemprocedure.

regeling omtrent de kortgedingprocedure.[59] Hoewel het aantal regelingen betreffende het verkrijgen van een voorlopige voorziening daarmee is teruggebracht tot twee – de kortgedingprocedure en de provisionele vordering – kan er dus nog steeds sprake zijn van een samenloop van rechtsvorderingen.

Op grond van het bepaalde in art. 254 lid 4 Rv is – in zaken die ten gronde door de kantonrechter worden behandeld en beslist[60] – thans ook de kantonrechter bevoegd tot het geven van een voorlopige voorziening in kort geding, waarbij op de kantonrechter dezelfde regels van toepassing zijn als omtrent de voorzieningenrechter is bepaald. De eisende partij in kort geding kan in kantonzaken derhalve kiezen bij welke rechter zij haar vordering aanhangig maakt. In zoverre is er ten aanzien van kantonzaken feitelijk sprake van een dubbele samenloop van rechtsvorderingen. De partij die een voorlopige voorziening wenst heeft dan immers de keuze uit de provisionele vordering en een tweetal kortgedingprocedures.

Bij de keuze tussen de kortgedingprocedure voor de voorzieningenrechter (art. 254 lid 1 Rv) en de kortgedingprocedure voor de kantonrechter (art. 254 lid 4 Rv) zullen verschillende factoren een rol spelen. Zo zal de eisende partij kunnen kiezen voor de kantonrechter, omdat zij daar ingevolge art. 79 lid 1 Rv in persoon kan procederen en op die wijze de kosten van een procureur[61] kan besparen. Art. 255 Rv omtrent de procesvertegenwoordiging in kort geding is niet van toepassing op de kortgedingprocedure voor de kantonrechter.[62] Daarnaast zal voor de kantonrechter gekozen kunnen worden omdat deze op bepaalde rechtsgebieden (bijvoorbeeld arbeidsrecht en huurrecht) een bijzondere expertise heeft, of omdat men een persoonlijke voorkeur heeft voor een bepaalde kantonrechter.[63] Tot slot kunnen ook overwegingen van louter

---

59 Vgl. PG NRv, p. 389: '(…) [D]e keuze tussen de algemene regeling van het huidige artikel 51 Rv en de regeling voor de kantongerechtsprocedure van het huidige artikel 116 Rv [is] ten gunste van de algemene regeling uitgevallen. Dat betekent niet dat de kantonrechter geen voorlopige voorzieningen meer kan geven; die mogelijkheid is enerzijds verwerkt in de onderhavige regeling [de regeling van art. 223 Rv: MdB] en anderzijds in de regeling van het kort geding (vergelijk artikel 254 (2.13.1), vierde lid)'.

60 Vgl. art. 93-97 Rv.

61 Het wetsvoorstel tot afschaffing van het procuraat en invoering van het elektronisch berichtenverkeer (30 815) is inmiddels aanhangig bij de Eerste Kamer. De voorgenomen datum van afschaffing is 1 maart 2008. Voor partijen zal dit echter geen of slechts een kleine kostenbesparing opleveren, aangezien in de gevallen waarin thans verplichte vertegenwoordiging door een procureur wordt voorgeschreven, na de invoering van het wetsvoorstel een verplichte vertegenwoordiging door een advocaat geldt.

62 Dit artikel ziet slechts op de procesvertegenwoordiging in zaken als bedoeld in art. 79 lid 2 Rv (zaken waarin niet geprocedeerd kan worden voor de sector kanton). Vgl. ook Schenk/Blaauw 2002, p. 58-59.

63 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 296 (nr. 332), alwaar ook nog wordt genoemd: het voorkomen dat de kortgedingrechter in een later stadium ten gronde over de zaak moet oordelen. De bezwaren daartegen zijn in § 3.1 reeds aan de orde gekomen. Dit laatste argument geldt echter alleen in het geval dat de kortgedingprocedure wordt gevoerd voor de voorzieningenrechter van de rechtbank (sector civiel), aangaande een kwestie die ten

praktische aard de keuze bepalen. Daarbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld afstand en reistijd – welke eveneens kosten met zich meebrengen – alsmede de termijn waarop een zittingsdatum kan worden verkregen. De overwegingen om een kortgedingprocedure in te stellen bij de voorzieningenrechter, of juist bij de kantonrechter, zijn voor een vergelijking van de kortgedingprocedure met de provisionele vordering ex art. 223 Rv verder niet relevant. Hetgeen hieronder in het kader van deze vergelijking wordt opgemerkt met betrekking tot de kortgedingprocedure geldt derhalve mutatis mutandis voor de kortgedingprocedure bij de kantonrechter.

4.2 Overeenkomsten

De kortgedingprocedure en de provisionele vordering ex art. 223 Rv vertonen een aantal overeenkomsten. Aangezien beide procedures het verkrijgen van een rechterlijke beslissing omtrent de gevorderde voorlopige voorziening ten doel hebben, kan met betrekking tot deze overeenkomsten worden geconcludeerd dat sprake is van een 'double',[64] in die zin dat de samenloop tussen de beide procedures op die punten volledig is. Dat geen sprake is van twee volkomen gelijkwaardige procedures, zal in paragraaf 4.3 nog aan de orde komen.

4.2.1 Instellen van vordering is mogelijk in iedere stand van het geding

Hoewel hierboven reeds aan de orde is gekomen dat een provisionele vordering over het algemeen slechts op bepaalde momenten in de procedure zal worden ingesteld, staat het partijen – gelet op de strekking van art. 208 Rv – in beginsel vrij om een dergelijke vordering in iedere stand van de procedure in te stellen. Op dit punt is sprake van een overeenkomst met de kortgedingprocedure, aangezien partijen het ook met betrekking tot laatstgenoemde procedure geheel in eigen hand hebben óf, en daarmee tevens op welk moment, zij deze entameren.

4.2.2 Vereiste van spoedeisend belang

Met betrekking tot de kortgedingprocedure geldt op grond van art. 254 lid 1 Rv dat de partij die een voorlopige voorziening vordert, daarbij een spoedeisend belang moet hebben. Daarentegen wordt voor het instellen van een provisionele vordering – gelet op de tekst van art. 223 Rv – de aanwezig-

---

gronde door de kantonrechter moet worden beslist. Het omgekeerde is – gelet op de competentieregels – immers niet mogelijk.

64 Een dubbelganger. De term is ontleend aan H.J. Snijders, *Troubles en doubles in het burgerlijk procesrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1985.

heid van een dergelijk spoedeisend belang niet vereist. Dat ook voor het verkrijgen van een provisionele voorziening een spoedeisend belang noodzakelijk is, zou wel impliciet kunnen worden afgeleid uit art. 3:303 BW, waarbij onder 'voldoende belang' voor het instellen van een provisionele vordering 'voldoende spoedeisend belang' verstaan zou kunnen worden. Daarnaast zou betoogd kunnen worden dat het in de artikelen 50 en 63 RO opgenomen vereiste van 'onverwijlde spoed' ook heeft te gelden ten aanzien van de provisionele vordering.[65] Een volkomen afwezigheid van enige vorm van spoedeisend belang lijkt ook moeilijk denkbaar.[66]

De Hoge Raad heeft met betrekking tot de provisionele vordering bepaald, dat op het moment dat vaststaat of voldoende aannemelijk is dat in de hoofdzaak een vordering zal worden toegewezen van gelijke strekking als de provisionele vordering, er sprake is van voldoende belang bij toewijzing van die provisionele vordering.[67] De spoedeisendheid vloeit in een dergelijk geval dus voort uit de onredelijkheid dat de partij die de provisionele vordering heeft ingesteld het eindvonnis in de hoofdzaak zou moeten afwachten, en het criterium voor de toewijsbaarheid van een provisionele vordering lijkt daarmee te zijn of van deze partij gevergd kan worden dat zij het eindvonnis in de hoofdzaak afwacht.[68] Het komt mij voor dat in de praktijk ten aanzien van de spoedeisendheid in kort geding een vergelijkbaar criterium wordt gehanteerd.

Hoewel de wet ten aanzien van de provisionele vordering niet expliciet het vereiste van spoedeisend belang stelt, kan op grond van het vorenstaande worden geconcludeerd dat de provisionele vordering op dit punt niet wezenlijk verschilt van de in een kortgedingprocedure gevorderde voorlopige voorziening.

---

65 Vgl. Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 37 en 39.

66 Volgens Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39, is spoedeisendheid niet onmisbaar, maar wel een factor die moet worden meegewogen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering. Vgl. verder Snijders (losbl.), aant. 10 bij art. 223 Rv; Van Schaik 1985, p. 77; dezelfde 1987, p. 116; A-G De Vriesch Lentsch-Kostense onder punt 7, derde en vierde alinea, van haar conclusie voor HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113. Kritischer: H.J. Snijders onder punt 7 van zijn noot bij HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert).

67 Vgl. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113, r.o. 3.4.

68 Dit criterium wordt sindsdien ook wel in de lagere rechtspraak toegepast. Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 28 maart 2007, *LJN* BA2928, r.o. 3.5; Rb. Zutphen 17 januari 2007, *LJN* BA4428 (Atlant/Sutfene), r.o. 3.1; Rb. Arnhem 2 november 2005, *LJN* AU9198 (Joosten c.s./Kok Lexmond c.s.), r.o. 10; Rb. Arnhem 23 juli 2003, *NJ* 2003, 733 (Bob Beheer/Vermeulen Transport), r.o. 3.1.

4.2.3 *Bewijsrecht niet van toepassing*

De wettelijke regels omtrent het bewijs zijn volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet van toepassing op de kortgedingprocedure.[69] De aard van deze procedure, welke is gericht op het op korte termijn verkrijgen van een beslissing op een gevorderde voorlopige voorziening, leent zich ook niet altijd voor toepassing van deze regels. Zo zal het duidelijk zijn dat bijvoorbeeld het horen van getuigen niet met de aard van de kortgedingprocedure verenigbaar is, in verband met de tijd die daarmee gepaard gaat. Sommige kortgedingrechters lossen dit probleem echter simpelweg op door eventueel meegekomen getuigen tijdens de kortgedingzitting vragen te stellen, en hen verder te behandelen als informant.[70] In de waardering van het bewijs zijn kortgedingrechters verder vrij.

De rechter die dient te oordelen over een provisionele vordering bevindt zich in een vergelijkbare situatie als de kortgedingrechter. Immers, ook hij dient op korte termijn een beslissing te geven op de ingestelde provisionele vordering, en ook hier leent het bewijsrecht zich over het algemeen niet voor integrale toepassing. Het wekt dan ook weinig verbazing dat de rechter die op een provisionele vordering dient te beslissen evenmin is gebonden aan de wettelijke regels van het bewijsrecht.[71]

4.2.4 *Geen prejudiciërende werking*

Een door de rechter gegeven provisionele voorziening heeft geen prejudiciërende werking.[72] Hetzelfde geldt op grond van art. 257 Rv voor de in een kortgedingprocedure gegeven voorlopige voorziening. In geen van beide gevallen brengt de voorlopige voorziening dus nadeel toe aan de hoofdzaak. Daarbij wordt wel als voordeel van de provisionele vordering genoemd dat de voorlopige en definitieve voorziening in handen zijn van een en dezelfde rechter.[73] Hoewel daar uit het oogpunt van proceseconomie natuurlijk veel voor te zeggen valt, zou bij partijen – en dan met name bij de partij die in het kader van de provisionele vordering in het ongelijk is gesteld – echter het gevoelen kunnen ontstaan dat die rechter niet meer onbevooroordeeld ten opzichte van de hoofdzaak staat, hetgeen voor hen aanleiding zou kunnen vormen om een wrakingsverzoek in te dienen. Ondanks het feit dat de slagingskansen van een dergelijk verzoek als miniem beschouwd kunnen worden, zou de rechter

69 Vgl. Schenk/Blaauw 2002, p. 151 e.v., alwaar uitvoerig – onder verwijzing naar jurisprudentie – op deze materie wordt ingegaan.

70 Een informant is geen getuige in de zin van art. 163 e.v. Rv, en wordt derhalve niet ex art. 177 lid 2 Rv beëdigd. Dit brengt mee dat een informant geen meineed kan plegen.

71 Vgl. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 50 (Helm/Aerts c.s.), r.o. 3.11 in fine.

72 Vgl. noot 14 supra.

73 Zie in deze zin bijvoorbeeld Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 294 (nr. 330); Snijders (losbl.), aant. 12 bij art. 223 Rv; en Van Schaik 1987, p. 117.

die op de provisionele vordering heeft beslist daarom kunnen overwegen om de behandeling van de hoofdzaak aan een andere rechter over te dragen.[74]

4.2.5 Uitvoerbaar bij voorraadverklaring mogelijk

Uit art. 233 Rv volgt dat de rechter, wanneer dit wordt gevorderd door partijen, kan verklaren dat zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad zal zijn, niettegenstaande daartegen aan te wenden rechtsmiddelen. Slechts wanneer uit de wet of de aard der zaak anders voortvloeit is dit niet mogelijk. De aard van een voorlopige voorziening zal zich echter niet snel tegen een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring verzetten. Sterker nog, wanneer het kortgedingvonnis of het provisionele tussenvonnis niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, zal een partij in de praktijk niet zo veel hebben aan de verkregen voorlopige voorziening. Het instellen van een rechtsmiddel daartegen schorst immers van rechtswege de executie.[75]

Indachtig het vorenstaande is het begrijpelijk dat voor de kortgedingprocedure in art. 258 Rv is bepaald dat de voorzieningenrechter zijn vonnis ook ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren. In het geval dat een partij geen uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring vordert – hetgeen in de praktijk zelden voorkomt – kan de rechter het vonnis op basis van dat artikel toch uitvoerbaar bij voorraad verklaren, en aldus een voorlopige voorziening van betekenis geven. De parlementaire geschiedenis wijst er in dit verband op dat de eisende partij in kort geding soms ook in persoon kan procederen zonder de bijstand van een procureur, en dat zij daarom niet altijd op de hoogte zal zijn van de mogelijkheid om de voorzieningenrechter te verzoeken het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.[76]

Op grond van de hoofdregel van art. 233 Rv kan een partij ook ten aanzien van een provisionele vordering een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring vorderen.[77] Dit is van bijzonder belang, nu tegen een provisioneel tussenvonnis ex art. 337 lid 1 Rv tussentijds hoger beroep ingesteld kan worden, hetgeen een schorsing van de executie ten gevolge heeft, wanneer dit vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Hoewel voor de provisionele vordering geen met art. 258 Rv vergelijkbare bepaling bestaat, meen ik dat de rechter ook een provisioneel tussenvonnis ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad moet

74 Vgl. hetgeen hieromtrent is opgemerkt in § 3.1.

75 De schorsing van de executie wordt met betrekking tot de verzetprocedure geregeld in art. 145 Rv, voor de procedure in hoger beroep in art. 350 Rv, en voor de cassatieprocedure in art. 404 Rv. Het instellen van de buitengewone rechtsmiddelen derdenverzet en herroeping heeft geen schorsing van de executie van rechtswege ten gevolge. In een later stadium is echter alsnog schorsing van de executie mogelijk. Zie in dit verband respectievelijk de artikelen 379, 386 en 388 Rv.

76 Vgl. PG NRv, p. 427.

77 Onder het oude procesrecht bood art. 52 Rv (oud) deze mogelijkheid ook al met betrekking tot de provisionele vordering ex art. 51 Rv (oud).

kunnen verklaren, tenzij de wet of de aard van de zaak zich daartegen verzet. Een provisionele voorziening die niet uitvoerbaar is verklaard zal in de praktijk immers weinig waarde hebben, gelet op de schorsende werking van het instellen van een rechtsmiddel.

4.2.6 Openstaan van rechtsmiddelen

Een belangrijk verschil van de kortgedingprocedure ten opzichte van de 116-procedure is dat op basis van art. 254 lid 4 Rv thans rechtsmiddelen openstaan tegen een door de kantonrechter in kort geding gegeven voorlopige voorziening. Handhaving van de uitsluiting van rechtsmiddelen, zoals in de 116-procedure het geval was, achtte de wetgever uit het oogpunt van harmonisering van de diverse rechtsingangen onwenselijk.[78] Dit betekent dat thans tegen iedere beslissing van de rechter omtrent een voorlopige voorziening een rechtsmiddel kan worden ingesteld, behoudens voor zover de vordering beneden de appelgrens van art. 332 lid 1 Rv blijft, of er sprake is van een specifiek appelverbod. De wijze waarop een dergelijke voorziening is gevorderd – door middel van een provisionele vordering of via de weg van de kortgedingprocedure – heeft in ieder geval geen invloed meer op de appellabiliteit van de rechterlijke beslissing.

Wanneer hoger beroep wordt ingesteld tegen een provisioneel tussenvonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, heeft dit zoals hiervoor aangegeven een schorsing van de executie ten gevolge. Art. 234 Rv biedt partijen echter de mogelijkheid om in dat geval door middel van een incidentele vordering in hoger beroep[79] alsnog een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring van het provisionele tussenvonnis te vorderen. Mocht het provisionele vonnis wél uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, echter zonder dat daaraan de voorwaarde is verbonden dat zekerheid wordt gesteld, dan kan op grond van art. 235 Rv door middel van een incidentele vordering in hoger beroep alsnog zekerheidstelling worden gevorderd. Tot slot kan in dat geval ingevolge art. 351 Rv worden gevorderd dat de rechter in hoger beroep alsnog de tenuitvoerlegging van het provisionele vonnis schorst.

4.3 Verschillen

Ondanks de hierboven beschreven overeenkomsten, bestaat er nog steeds een aantal verschillen tussen de provisionele voorziening ex art. 223 Rv en de via een kortgedingprocedure verkregen voorlopige voorziening. De voor- en nadelen van de beide procedures hangen met deze verschillen samen, en het

78 Vgl. PG NRv, p. 389.

79 Dit is geen incidenteel hoger beroep ex art. 339 lid 3 Rv, maar een incidentele vordering ex art. 208 Rv. Zie voor de mogelijke spraakverwarring noot 37 supra.

antwoord op de vraag voor welke rechtsingang een partij in voorkomende gevallen het beste kan kiezen dientengevolge ook.

4.3.1 Vereiste van samenhang met de hoofdzaak

Het meest in het oog springende verschil is wel het vereiste dat de provisionele vordering dient samen te hangen met de eis in de hoofdzaak. De kortgedingprocedure lijkt op dit punt een stuk liberaler. Om via laatstgenoemde procedure een voorlopige voorziening te verkrijgen is het immers niet noodzakelijk om een bodemprocedure te entameren. Sterker nog, in het merendeel van de gevallen (95 %) zien partijen zelfs af van het aanhangig maken van een bodemprocedure, nadat zij in kort geding een beslissing van de rechter hebben verkregen.[80] Hieruit blijkt dat de kortgedingprocedure ook maatschappelijk wordt geaccepteerd als vervanger van de bodemprocedure.[81] Kostenoverwegingen, alsook het feit dat tegen de beslissing van de rechter in een kortgedingprocedure separaat de rechtsmiddelen hoger beroep en cassatie kunnen worden ingesteld, zullen daarbij een rol spelen.

De vereiste samenhang met de hoofdzaak heeft ook gevolgen voor de reikwijdte van de voorlopige voorzieningen die gevorderd kunnen worden. Hoewel in beginsel iedere voorziening, welke zich ervoor leent om als voorlopige voorziening toegewezen te worden, bij wege van provisionele vordering kan worden gevorderd,[82] vormt het vereiste van samenhang met de hoofdzaak daarbij een beperkende factor. Ten aanzien van de kortgedingprocedure bestaat deze beperking niet, nu voor deze procedure het samenhangvereiste niet geldt. Op dit punt zal het verschil tussen de beide procedures in de praktijk overigens wel meevallen, omdat partijen ingevolge art. 24 Rv in beginsel zelf de omvang van de hoofdzaak kunnen bepalen, en op die manier dus ook een bepaalde provisionele vordering mogelijk kunnen maken.

Gelet op het vorenstaande zal een partij die een voorlopige voorziening wenst – alvorens zij een keuze kan maken voor een van beide rechtsingangen – altijd stil moeten staan bij de vraag of met betrekking tot dezelfde kwestie reeds een bodemprocedure aanhangig is, of in de toekomst aanhangig zal worden gemaakt. Wanneer dit niet het geval is, dan biedt uitsluitend de kortgedingprocedure soelaas. Maar als er wel een bodemprocedure aanhangig is of zal worden gemaakt, dan heeft de provisionele vordering het ontegenzeggelijke voordeel dat uiteindelijk ook een vonnis ten principale zal worden verkregen, zonder dat daarvoor een nieuwe procedure geëntameerd behoeft te worden.

---

80 Vgl. X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 1; alsmede J.F. Bruinsma, *Korte gedingen. Een rechtssociologisch verslag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 127-135 en p. 155.

81 Aldus Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 40.

82 Vgl. de noten 9 en 10 supra.

4.3.2 Snelheid waarmee een voorziening kan worden verkregen

Over het algemeen zal een voorlopige voorziening sneller verkregen kunnen worden in een kortgedingprocedure, dan door middel van het instellen van een provisionele vordering. Dit laat zich illustreren aan de hand van een simpele rekensom. Wanneer de provisionele vordering direct in de inleidende dagvaarding wordt opgenomen, zal aan de gedaagde partij op de eerste rolzitting ex art. 2.7 LRR in beginsel een termijn van 2 weken worden verleend voor het nemen van de incidentele conclusie van antwoord. Uit artikel 2.13 LRR vloeit vervolgens voort dat de termijn voor het wijzen van een provisioneel tussenvonnis is bepaald op maximaal 4 weken na het nemen van laatstgenoemd processtuk. In totaal verstrijken daarmee dus minimaal rond de 6 weken tussen de eerste rolzitting en de beslissing op de gevorderde voorlopige voorziening. De termijn tussen de kortgedingzitting en het moment waarop het kortgedingvonnis wordt uitgesproken is naar verhouding aanmerkelijk korter. Doorgaans wordt in een kortgedingprocedure binnen 2 weken uitspraak gedaan.[83] De partij die met spoed een voorlopige voorziening wenst, zal gelet op het vorenstaande dan ook snel geneigd zijn om te kiezen voor de kortgedingprocedure.

Ondanks het feit dat een kortgedingprocedure sneller tot een beslissing op de gevorderde voorlopige voorziening zal leiden, kan het instellen van een provisionele vordering uit het oogpunt van snelheid van procederen toch te prefereren vallen. Dit is het geval, wanneer partijen omtrent dezelfde kwestie ook nog een bodemprocedure zullen voeren. Omdat een provisionele vordering slechts kan worden ingesteld als incidentele vordering in de hoofdzaak, staat daarmee ook die bodemprocedure in de startblokken. Na het verkrijgen van de beslissing op de provisionele vordering kan dan direct worden doorgeprocedeerd in de hoofdzaak. Wordt daarentegen gekozen voor de kortgedingprocedure, dan zal opnieuw moeten worden gedagvaard om de bodemprocedure aanhangig te maken. Omdat daarbij de dagvaardingstermijn in acht genomen dient te worden, zorgt dit op dat moment voor vertraging. Ook hier geldt dus dat voor de keuze tussen de kortgedingprocedure of de provisionele vordering van belang is of met betrekking tot dezelfde kwestie een bodemprocedure tussen partijen zal worden gevoerd.

Een argument om te kiezen voor de provisionele vordering is nog dat de eisende partij het zelf in de hand heeft tegen welke roldatum wordt gedagvaard, terwijl voor de dagvaarding in kort geding altijd rekening gehouden zal moeten worden met de door de voorzieningenrechter ex art. 254 lid 2 Rv bepaalde datum voor de kortgedingzitting. Op het moment dat een partij – om welke reden dan ook – niet op korte termijn een datum voor een kortgedingzitting kan verkrijgen, en zij er geen bezwaar tegen heeft om een bodemprocedure aanhangig te maken, verdient het overweging om een provisionele vordering

83 Vgl. Kramer 2001, p. 36.

in te stellen. De anders verloren wachttijd tot de kortgedingzitting wordt dan benut voor (een deel van) de termijnen die op grond van het LRR gelden voor het verkrijgen van een beslissing op de provisionele vordering.

4.3.3 *Geldingsduur van een verkregen voorziening*

De geldingsduur van een verkregen provisionele voorziening wijkt af van de door middel van een kortgedingprocedure verkregen voorlopige voorziening. Zo geldt de provisionele voorziening op grond van art. 223 Rv slechts voor de duur van het geding, terwijl de via een kortgedingprocedure verkregen voorlopige voorziening – behoudens een daartegen ingesteld rechtsmiddel of een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure – in beginsel een onbeperkte geldingsduur heeft. Dit is ook de reden waarom het voor partijen mogelijk is om na een verkregen uitspraak in kort geding af te zien van het entameren van een bodemprocedure.[84]

Omtrent het moment waarop de in kort geding verkregen voorlopige voorziening haar werking verliest bestaat enige discussie. De overheersende opvatting is dat deze voorziening haar werking verliest op het moment dat een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure in kracht van gewijsde gaat. Mocht laatstgenoemde uitspraak evenwel uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, dan komt aan de werking van de voorlopige voorziening direct een einde.[85] Het primaat van de bodemprocedure – welke met meer processuele waarborgen is omkleed – wordt hiermee nog eens bevestigd. Naar mijn mening kan met betrekking tot de provisionele voorziening dezelfde opvatting gehanteerd worden. Een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring van de uitspraak in de hoofdzaak is processueel gezien weliswaar niet hetzelfde als het in kracht van gewijsde gaan van die uitspraak, maar het komt mij niet logisch voor om op dit punt ten aanzien van de provisionele voorziening een ander regime te hanteren dan ten aanzien van de in een kortgedingprocedure gegeven voorlopige voorziening. Mocht de andersluidende uitspraak in de hoofdzaak in hoger beroep of in cassatie worden vernietigd, dan zal naar mijn mening moeten worden aangenomen dat de provisionele voorziening herleeft.[86]

De provisionele vordering zou op het punt van de geldingsduur voor de praktijk overigens aantrekkelijker gemaakt kunnen worden door de regel af te schaffen dat een provisionele voorziening vervalt op het moment dat de hoofdzaak niet langer aanhangig is. Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een met art. 116 lid 5 Rv (oud) vergelijkbare constructie:[87] wan-

84 Vgl. noot 80 supra.
85 Vgl. H.J. Snijders in zijn noot bij HR 15 mei 1998, *NJ* 1999, 569 (AVI Originals/CTA).
86 Zie in vergelijkbare zin met betrekking tot een in kort geding gegeven voorlopige voorziening: HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 83, m.nt. WHH, r.o. 3.2 in fine; alsmede Schenk/Blaauw 2002, p. 215-216.
87 Zie hiervoor § 2.

neer een provisionele voorziening is verkregen, en een partij om die reden zou willen afzien van een voortzetting van de hoofdzaak, dan zou ervoor gekozen kunnen worden de provisionele voorziening te laten voortduren, tenzij de wederpartij binnen een bepaalde termijn heeft aangegeven bezwaar te hebben tegen het intrekken van de hoofdzaak. Wordt geen bezwaar gemaakt, dan zou de provisionele voorziening ondanks het eindigen van de hoofdzaak kunnen blijven gelden.

4.3.4 Proceskosten

De keuze voor de kortgedingprocedure of de provisionele vordering kan mede worden bepaald door het aspect van de proceskosten. Ook in dit verband is van belang of partijen naast het vorderen van een voorlopige voorziening al dan niet een bodemprocedure zullen voeren met betrekking tot dezelfde kwestie. Wanneer dit het geval is, zal het instellen van een provisionele vordering in deze bodemprocedure over het algemeen minder kosten met zich meebrengen dan het entameren van een aparte kortgedingprocedure.[88] In het geval dat een provisionele vordering wordt ingesteld, beperken deze kosten zich tot één punt van het toepasselijke liquidatietarief.[89] De kosten aan vast recht zijn immers reeds voldaan in het kader van de bodemprocedure. Wanneer daarentegen een aparte kortgedingprocedure aanhangig wordt gemaakt, zullen nogmaals kosten moeten worden gemaakt voor het vast recht, en zal daarnaast een separate kostenveroordeling terzake het procureurssalaris volgen.[90]

Een ander aspect van de proceskosten betreft het moment waarop de rechter op deze kosten dient te beslissen. Op grond van het bepaalde in art. 237 lid 1 Rv kan de rechter in het provisionele tussenvonnis bepalen dat de kosten met betrekking tot de provisionele vordering worden aangehouden tot het eindvonnis. Dit zal in de praktijk over het algemeen ook gebeuren,

---

88 Zie in deze zin ook H.J. Snijders onder punt 7 van zijn noot bij HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert); alsmede H.W. Wiersma, *Tussenoordelen en eindbeslissingen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Afdeling REPRO Faculteit der Rechtsgeleerdheid UvA 1998, p. 54 (nr. 51).

89 Vgl. Van Schaik 1985, p. 77. Wanneer de provisionele vordering reeds bij dagvaarding wordt ingesteld, kan mijns inziens met betrekking tot de eisende partij zelfs dit punt worden voorkomen. Voor het nemen van de conclusie van antwoord in het incident geldt dit vanzelfsprekend niet. Zie voor de meest actuele liquidatietarieven www.rechtspraak.nl <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht/Liquidatietarief+rechtbanken+en+gerechtshoven.htm>, laatstelijk geraadpleegd op 1 juli 2007.

90 In Ktr. (Vzr.) Eindhoven 6 augustus 2004, *Prg.* 2005, 24 werd geoordeeld dat deze extra kosten voor rekening dienen te komen van de eisende partij in kort geding, wanneer deze door middel van het instellen van een provisionele vordering ex art. 223 Rv in de reeds aanhangige bodemprocedure zonder bijkomende kosten eenzelfde voorlopige voorziening had kunnen verkrijgen.

teneinde te bewerkstelligen dat de partij die in de hoofdzaak in het ongelijk wordt gesteld, ook kan worden veroordeeld in de kosten van de incidentele procedure. Voor de kortgedingprocedure bestaat deze mogelijkheid logischerwijs niet, en zal direct een kostenveroordeling volgen. Partijen zouden om deze reden een tactische keuze kunnen maken voor de provisionele vordering of juist de kortgedingprocedure.

5 CONCLUDEREND

Gezien de samenloop die in bepaalde gevallen kan bestaan tussen de vordering van een voorlopige voorziening in een kortgedingprocedure en de provisionele vordering ex art. 223 Rv, is het voor de praktijk van belang om te weten voor welke rechtsingang in voorkomende gevallen gekozen moet worden. In dat verband zijn de verschillen tussen de beide procedures, alsmede de daarmee samenhangende voor- en nadelen van doorslaggevende betekenis.

Veruit het belangrijkste verschil – dat ook in meerdere opzichten een rol speelt – is het vereiste dat een provisionele vordering dient samen te hangen met een eis in de hoofdzaak. Enkel in het geval dat met betrekking tot dezelfde kwestie reeds een bodemprocedure aanhangig is of in de toekomst aanhangig zal worden gemaakt, heeft een partij de keuze tussen de beide procedures. Zonder aanhangige bodemprocedure bestaat slechts de mogelijkheid om door middel van een kortgedingprocedure een voorlopige voorziening te verkrijgen. Wanneer evenwel aan het vereiste van aanhangigheid van een bodemprocedure is voldaan, kent het instellen van een provisionele vordering een aantal voordelen boven de kortgedingprocedure. Zo behoeft er na een beslissing op een provisionele vordering geen nieuwe bodemprocedure geëntameerd te worden om een vonnis ten principale te verkrijgen; deze procedure is dan immers reeds aanhangig. Een vonnis in de bodemprocedure zal daarmee ook sneller verkregen kunnen worden, dan in het geval dat deze procedure eerst aanhangig wordt gemaakt na afloop van een kortgedingprocedure. Het instellen van een provisionele vordering brengt daarnaast minder proceskosten met zich mee dan het voeren van een aparte kortgedingprocedure naast de reeds aanhangige bodemprocedure.

De provisionele voorziening wint het echter niet op alle fronten van de in kort geding verkregen voorlopige voorziening. Zo wordt in een kortgedingprocedure doorgaans sneller een uitspraak verkregen op de gevorderde voorlopige voorziening. En hoewel de geldingsduur van een verkregen provisionele voorziening lang kan zijn – deze blijft ook van kracht op het moment dat de uitspraak in de hoofdzaak niet in kracht van gewijsde gaat, doordat daartegen een rechtsmiddel wordt ingesteld – staat of valt deze met de aanhangigheid van de hoofdzaak. Indien de hoofdzaak wordt ingetrokken en partijen niet zijn overeengekomen dat de gevolgen van de gegeven provisionele voorziening in stand blijven (bijvoorbeeld door middel van een vaststellingsovereenkomst,

waarin de provisionele voorziening wordt vervangen door een gelijkluidende partijafspraak), dan vervalt daarmee ook de provisionele voorziening.

Zolang de regel dat een provisionele voorziening vervalt op het moment dat de hoofdzaak niet langer aanhangig is niet wordt afgeschaft, worden partijen dus – anders dan ten aanzien van een in kort geding verkregen voorlopige voorziening – gedwongen tot doorprocederen. Het invoeren van een met art. 116 lid 5 Rv (oud) vergelijkbare bepaling zou de provisionele vordering voor de praktijk aantrekkelijker kunnen maken, omdat daarmee een met de kortgedingprocedure vergelijkbare situatie ontstaat. Immers, partijen kunnen dan – indien zij dat wensen – afzien van het voortzetten van de aanhangige bodemprocedure, nadat zij een provisionele voorziening hebben verkregen. Wanneer daarbij een vergelijking wordt gemaakt met het aantal gevallen waarin partijen afzien van het entameren van een bodemprocedure na een in kort geding verkregen voorlopige voorziening (95 %), dan valt van de invoering van een met art. 116 lid 5 Rv (oud) vergelijkbare bepaling bovendien een ontlasting van het rechterlijk apparaat te verwachten.

De partij die een voorlopige voorziening wenst en daarvoor de keuze dient te maken tussen de vordering daarvan in een kortgedingprocedure en het instellen van een provisionele vordering ex art. 223 Rv, zal de bovengenoemde voor- en nadelen tegen elkaar moeten afwegen. In zeer spoedeisende gevallen zal het snelheidsargument de balans over het algemeen doen doorslaan naar de kortgedingprocedure. Voor iets minder spoedeisende gevallen kan de provisionele vordering echter een goed en ook goedkoper alternatief zijn.

13 Samenloop faillissement, surseance van betaling en schuldsanering

M.B. de Boer[■]

1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

De schuldenaar die in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, kan, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer van zijn schuldeisers, failliet worden verklaard, aldus art. 1 lid 1 Fw.[1] Volgens art. 284 lid 1 Fw kan een natuurlijke persoon, indien hij verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, verzoeken de toepassing van de schuldsaneringsregeling uit te spreken. De Faillissementswet biedt dus met andere woorden in beginsel twee insolventieprocedures voor een natuurlijke persoon die in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen: faillissement (geregeld in Titel I) en schuldsanering (geregeld in Titel III).

Titel III 'Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen' is op 1 december 1998 in werking getreden.[2] Hoofddoel van deze regeling is dat daarmee 'kan worden tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden.' Het verkrijgen van een schone lei staat hierbij voorop. Verder wordt met de schuldsaneringsregeling beoogd faillissementen van natuurlijke personen zo veel mogelijk terug te dringen.[3] In art. 3 Fw is dan ook een regeling opgenomen die een schuldenaar de mogelijkheid biedt om, wanneer een verzoek tot zijn faillietverklaring is gedaan, het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling te verzoeken. Daarnaast is in art. 3a Fw geheel in lijn met het uitgangspunt van de wetgever bepaald dat, indien een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling gelijktijdig aanhangig zijn, aan de behandeling

---

■ M.B. de Boer is universitair docent bij de afdeling burgerlijk procesrecht, Universiteit Leiden.

1 Volgens art. 1 lid 2 Fw is daarnaast faillietverklaring mogelijk op vordering van het Openbaar Ministerie, om redenen van openbaar belang, hetgeen in de praktijk weinig voorkomt. Deze mogelijkheid wordt in deze bijdrage verder buiten beschouwing gelaten. Daarnaast wordt ook niet ingegaan op eventuele complicaties die kunnen voortvloeien uit de omstandigheid dat de schuldenaar in enige gemeenschap is gehuwd c.q. een geregistreerd partnerschap is aangegaan. De omvang van deze bijdrage laat dat niet toe.

2 Dit als uitvloeisel van de wet houdende Wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen (WSNP) (*Kamerstukken* 22 969, *Stb.* 1998, 445 en *Kamerstukken* 25 672 – de zogenaamde Novelle – *Stb.* 1998, 447; zie voor de inwerkingtreding *Stb.* 1998, 622).

3 Aldus MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 6.

van dit laatste verzoek voorrang wordt gegeven. Deze samenloop wordt nader besproken in par. 2.

Is eenmaal het faillissement van een natuurlijke persoon uitgesproken, dan is omzetting daarvan in de toepassing van de schuldsaneringsregeling ook nog mogelijk, zij het dat dan beperkingen gelden. Dit is geregeld in art. 15b Fw: opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Dit onderwerp wordt verder in par. 3 behandeld. In een aantal gevallen is deze weg naar toepassing van de schuldsaneringsregeling voor de schuldenaar echter afgesloten, te weten omdat de schuldenaar valt onder de in art. 15b lid 3 Fw vermelde, specifieke criteria. Eerst daarna komt de vraag aan de orde of de schuldenaar voldoet aan de algemene criteria voor toelating als verwoord in art. 288 Fw. Dit onderwerp en dan in het bijzonder de specifieke criteria die toelating tot de schuldsaneringsregeling op grond van art. 15b lid 1 Fw in de weg staan, staat in par. 4 centraal.

Naast samenloop van faillissement en schuldsanering is ook samenloop van surseance van betaling en faillissement mogelijk, mits het gaat om een natuurlijke persoon die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent (art. 213 lid 2 Fw). In par. 5 wordt de aandacht op deze mogelijkheid van samenloop gericht. De Faillissementswet bevat in Titel II een bepaling die de samenloop regelt tussen een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot surseance van betaling:[4] indien deze gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het verzoek tot surseance van betaling in behandeling, aldus art. 218 lid 6 Fw. Prioriteit aan het verzoek tot surseance van betaling wordt kennelijk als vanzelfsprekend gerechtvaardigd door het doel van deze regeling, te weten het behoud van de boedel en de voortzetting van de zaak, terwijl bij faillissement de boedel wordt geliquideerd en onder de schuldeisers verdeeld, tenzij een akkoord tot stand komt.[5]

Voor een natuurlijke persoon die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, staat de keuze open tussen het verzoeken van surseance van betaling (geregeld in Titel II)[6] en – buiten het aanvragen van zijn faillissement – toepassing van

4 Het verschil tussen het criterium 'voorzien niet te zullen kunnen voortgaan met het betalen van opeisbare schulden' bij surseance van betaling (art. 214 lid 1 Fw) en 'verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen' bij faillissement (art. 1 lid 1 Fw) lijkt groter dan het in werkelijkheid is, nu hiervan in de praktijk nauwelijks iets merkbaar is (zie *Faillissementswet* (R.J. van Galen), art. 214, aant. 2 (losbl.); *T&C Insolventierecht*, art. 214, aant. 2 (M.Ph. van Sint Truiden); B. Wessels, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 8021; *Sdu Commentaar Insolventierecht*, art. 214, aant. C.2.2 (C.M. Harmsen).

5 Vgl. G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet II*, Haarlem 1897, p. 336 (heruitgave: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994); in dit verband wordt op p. 351 e.v. bij art. 217 (thans 218) de prioriteitsbepaling in lid 6 niet toegelicht.

6 In de optiek van de wetgever is voor een schuldenaar die niet een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, de schuldsaneringsregeling in de plaats gekomen van de regeling inzake surseance van betaling; zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 32.

de schuldsaneringsregeling, wanneer hij voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan c.q. redelijkerwijze is te voorzien dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 214 leden 1 en 4 c.q. art. 284 lid 1 Fw).[7] Een schuldenaar kan blijkens art. 247a Fw op een eenmaal gemaakte keuze voor surseance van betaling terugkomen door alsnog de toepassing van de schuldsaneringsregeling te verzoeken, hetgeen in par. 6 wordt behandeld. Aldus is 'het mogelijk dat de schuldenaar in samenwerking met de bewindvoerder in de surseance kan bezien of de toepassing van de surseance zal worden voortgezet of dat de schuldsaneringsregeling alsnog de voorkeur verdient.'[8] En voortzetting van de toepassing van de surseance zal zinloos zijn, indien de schuldenaar zich – zoals wel wordt gezegd – 'in het voorportaal van een faillissement' bevindt.

Omgekeerd kan uiteraard aan een schuldenaar met een zelfstandig beroep of bedrijf die in staat van faillissement verkeert of die toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft verkregen, desverzocht niet alsnog surseance van betaling worden verleend. Verzoeker zal dan door de rechter niet-ontvankelijk in zijn verzoek dienen te worden verklaard.
Tot slot worden in par. 7 enkele afsluitende opmerkingen gemaakt.

2 FAILLISSEMENT EN SCHULDSANERING

Art. 3 lid 1 Fw bepaalt dat, indien een verzoek tot faillietverklaring een natuurlijke persoon betreft en deze geen verzoek heeft ingediend tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, de griffier de schuldenaar terstond bij brief kennis geeft dat hij binnen veertien dagen na de dag van de verzending van de brief een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 284 Fw) kan indienen. Volgens art. 3 lid 2 Fw wordt de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring geschorst totdat de termijn van veertien dagen is verstreken. Het gaat dus om een schorsing *ex lege* van het faillissementsverzoek.

In art. 3a Fw is een regeling opgenomen voor het geval van samenloop van een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Deze regeling geldt onafhanke-

7 Het verschil tussen het criterium bij surseance van betaling (zie hiervoor noot 4) en het criterium bij de schuldsaneringsregeling – waar wordt gesproken van 'redelijkerwijs is te voorzien niet te kunnen voortgaan met het betalen van schulden' – schuilt hierin dat 'het niet kunnen voortgaan met betalen in art. 284 niet afhankelijk is gesteld van de subjectieve invulling van de schuldenaar zelf, maar van een objectieve <<voorzienbaarheid>>', aldus MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 34 (zie ook *Faillissementswet* (R.J. van Galen), art. 284, aant. 1 (losbl.); B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 1999, nr. 9029; *T&C Insolventierecht*, art. 284, aant. 2 (B. Wessels); *Sdu Commentaar Insolventierecht*, de aant. bij art. 284 (A.J. Noordam)).

8 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 24.

lijk van de omstandigheid of art. 3 Fw al dan niet is toegepast.[9] Volgens art. 3a lid 1 Fw komt bij het gelijktijdig aanhangig zijn van een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, het laatste verzoek als eerste in behandeling, terwijl volgens art. 3 lid 2 Fw de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.

Aangenomen mag worden dat art. 3a Fw – net als het geval is bij art. 218 lid 6 Fw[10] – ook geldt, indien het verzoek tot faillietverklaring bij het ene rechtscollege en het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling bij het andere rechtscollege aanhangig is. Het gaat bij art. 3a Fw om gelijktijdige aanhangigheid in eerste aanleg. Volgens de Hoge Raad[11] is echter art. 3a lid 2 Fw – maar niet art. 3 Fw – gezien de strekking daarvan van (overeenkomstige) toepassing in hoger beroep, indien in eerste aanleg een verzoek tot faillietverklaring is afgewezen en door de schuldenaar wiens faillissement is verzocht vóór de behandeling van het hoger beroep (alsnog) een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling bij de rechtbank is gedaan: 'in een zodanig geval zal het hof derhalve de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in hoger beroep moeten schorsen totdat op het verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist.' Art. 3a Fw is niet van toepassing, indien het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling door de schuldenaar eerst is gedaan hangende het tegen zijn faillietverklaring ingestelde hoger beroep.[12]

Art. 3 en 3a Fw hebben geen betrekking op het geval dat door de schuldenaar zelf aangifte tot faillietverklaring wordt gedaan. Ingevolge art. 3b Fw – dat verband houdt met art. 312 Fw – blijven de art. 3 en 3a Fw ook buiten toepassing, indien het faillissement wordt verzocht van een schuldenaar ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling van toepassing is.[13]

Toegespitst op de diverse mogelijkheden van samenloop van een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, kunnen in het kader van de art. 3 en 3a leden 1

9 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 29.
10 Zie hierna, par. 5.
11 HR 6 april 2007, *NJ* 2007, 205.
12 Aldus HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 296, *JOR* 2000, 64: een andere 'uitleg is bovendien onverenigbaar met zowel de in faillissementsprocedures geboden spoed en duidelijkheid, als de strikte beperkingen die art. 15b stelt aan de mogelijkheid om nadat een faillissement is uitgesproken alsnog toepassing van de schuldsaneringsregeling te bewerkstelligen.' Zie voor art. 15b Fw hierna, par. 3.
13 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 30.

en 2 Fw de volgende consequenties aan een dergelijke samenloop worden verbonden.[14]

1. Door de schuldenaar is een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling gedaan en daaropvolgend, terwijl dit verzoek aanhangig is, wordt een verzoek tot faillietverklaring van die schuldenaar gedaan; ingevolge art. 3a lid 1 Fw komt eerst het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling in behandeling en, zo dit verzoek reeds in behandeling was, blijft dit verzoek in behandeling; de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring wordt ingevolge art. 3a lid 2 Fw geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.
2. Een verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar is gedaan en de schuldenaar doet binnen de termijn van veertien dagen als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsanering; de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is beslist op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 3a lid 2 Fw).
3. Het faillissement van de schuldenaar is verzocht en de schuldenaar doet eerst na ommekomst van de wettelijke schorsingsperiode van dit verzoek (art. 3 lid 2 Fw) een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling; in dit geval kan de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring door de rechter worden geschorst totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak op het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is beslist (art. 3a lid 2 Fw).

In de praktijk is tot nu toe zeer ruimhartig omgegaan met de mogelijkheid tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring als bedoeld in art. 3a lid 2 Fw. Indien in de periode van schorsing *ex lege* van art. 3 lid 2 Fw door de schuldenaar een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringregeling wordt gedaan dat (nog) niet aan de wettelijke vereisten voldoet (de verklaring van art. 285 Fw ontbreekt wel eens), vindt

14 In Hof 's-Gravenhage 30 juni 2005, *JOR* 2005, 228, deed zich nog een ander geval van samenloop voor, te weten van een verzoek tot faillietverklaring van een vennootschap onder firma en een verzoek van de vennoten van die vennootschap onder firma tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling; het door de rechtbank uitgesproken faillissement van de vennootschap onder firma is door het hof vernietigd; het hof overwoog daartoe: gelet op het feit dat het faillissement van de vennootschap onder firma de faillietverklaring van de hoofdelijk voor het geheel aansprakelijke vennoten meebrengt – hetgeen in strijd is met art. 3a Fw, indien, zoals in casu het geval is, door een of meer vennoten een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is gedaan – 'had de rechtbank de beslissing omtrent de faillietverklaring van de vennootschap onder firma dienen aan te houden totdat zij had beslist op voormelde verzoeken tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.'

in het algemeen aanhouding van het verzoek tot faillietverklaring plaats om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen het verzoek te completeren. Ook wordt de schuldenaar die – al dan niet na ommekomst van de termijn van veertien dagen – aankondigt een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling te doen, wel gelegenheid geboden om onder aanhouding van het verzoek tot faillietverklaring alsnog een dergelijk verzoek in te dienen. Daarnaast is het meestal niet zo dat onmiddellijk na het verstrijken van de periode van schorsing *ex lege* de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring ter zitting plaatsvindt. In de praktijk gebeurt dat nog wel eens een of meer weken later, afhankelijk van de drukte en het zittingsrooster. Het is bovendien mogelijk dat de schuldeiser die het verzoek tot faillietverklaring deed, om aanhouding vraagt, terwijl dit ook door de schuldenaar kan worden verzocht.[15] Al met al kan er dus na afloop van de wettelijke schorsingstermijn nog enige tijd voorbijgaan voordat de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring daadwerkelijk plaatsvindt. En tijdens de zitting waarvoor de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring staat gepland, kan de schuldenaar ook nog een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling doen, waarop de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring kan worden aangehouden; ja, zelfs een mededeling van de schuldenaar dat hij bezig is met het opstellen van een dergelijk verzoek, kan in de praktijk voldoende zijn voor aanhouding van de behandeling van het faillissementsverzoek. Het gedrag van de schuldenaar mag echter niet uitmonden in misbruik van procesrecht.[16]

15 In de Richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2005, § 2 is sub c. bepaald: 'Een verzoek tot faillietverklaring kan in beginsel niet vaker dan vier keer en niet langer dan in totaal acht weken worden aangehouden', en sub d.: 'Verzoeken tot aanhouding door de procureur van verzoeker binnen de termijn als genoemd onder 2c. zullen in beginsel worden gehonoreerd.'

16 Zie de zaak die leidde tot HR 9 september 2005, *LJN* AT8785. Door Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2005, *LJN* AS8557, werd het feit dat een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling dat niet daadwerkelijk bij de Centrale Informatiebalie was ingediend, niet door de vingers gezien. Anderzijds is blijkens Hof Amsterdam 24 december 2003 (gepubliceerd onder archiefnummer 2003-380 op <www.wsnp.rvr.org>, net als de overige rechtspraak waarnaar wordt verwezen, tenzij anders is aangegeven), de omstandigheid dat bij de insolventieadviseur 'het een en ander niet optimaal is verlopen waardoor de stukken de rechtbank niet tijdig hebben bereikt' grond om het op 5 november 2002 uitgesproken faillissement – terwijl het volledige verzoek als bedoeld in art. 285 Fw één dag later bij de rechtbank was binnengekomen – te vernietigen; redelijkerwijs kan niet geoordeeld worden dat de schuldenaar wegens hem toe te rekenen omstandigheden binnen de termijn van art. 3 lid 1 Fw geen verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft ingediend, waarbij wordt verwezen naar art. 15b lid 1 Fw (zie daarvoor hierna, par. 3); 'het komt het hof in ieder geval doelmatig voor het verzoek tot het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling in behandeling te nemen, nu het voor toewijzing vatbaar is'.

Naar Dethmers opmerkt zou uit het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2000[17] kunnen worden afgeleid dat zolang het faillissement niet is uitgesproken, een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling nog kan worden ingediend.[18] De facto is dit het moment van behandeling ter zitting van het verzoek tot faillietverklaring, aangenomen dat het faillissement inderdaad daarna wordt uitgesproken.[19] Kortom, de termijn van art. 3 lid 2 Fw mag niet als een fatale termijn worden aangemerkt voor het indienen van een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling[20] en als deze termijn is verstreken, wordt een soepel beleid gehanteerd bij het schorsen van het verzoek tot faillietverklaring.[21]

Door de uitspraak tot definitieve toepassing[22] van de schuldsaneringsregeling vervalt ingevolge art. 3a lid 3 Fw het verzoek tot faillietverklaring van

17 HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 296.

18 H.H. Dethmers, *Van schuldsanering tot schone lei*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 21; zie ook R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen*, Amsterdam: NIBE 1998, p. 48; *SchuldSanering* 2000/5, nr. 217 (bespreking van Hoge Raad 10 juni 2005, *NJ* 2005, 314), p. 28. In MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 29, is in verband met art. 3a geen fatale termijn gesteld.

19 Veelal wordt meteen na de behandeling ter zitting van het faillissementsverzoek de beslissing genomen om het faillissement al dan niet uit te spreken, hetgeen impliceert dat een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling dat is ingediend na de behandeling ter zitting van het faillissementsverzoek, niet meer in behandeling kan worden genomen.

20 Zie Hof 's-Gravenhage 27 maart 2007, *NJF* 2007, 249, waarin vernietigd werd Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, *NJF* 2007, 157. Het hof oordeelde, anders dan de rechtbank (de strekking van de termijn van art. 3 lid 1 Fw is kennelijk niet een tot de rechter gerichte instructienorm maar een tot de schuldenaar gerichte termijnstelling), dat de termijn van art. 3 lid 2 Fw niet een fatale termijn is; er is geen sprake van een niet te rechtvaardigen discrepantie tussen de onderhavige situatie en die waarin een eenmaal failliet verklaarde schuldenaar alsnog om toepassing van de schuldsaneringsregeling verzoekt (art. 15b lid 1 Fw); ook de in faillissementsprocedures geboden spoed en duidelijkheid doet niet af aan het beginsel van art. 3a Fw dat een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling boven een gelijktijdig verzoek tot faillietverklaring voorrang krijgt.

21 Zie Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2005, 2005-474: uit de toelichting bij art. 3a Fw wordt afgeleid dat ook na het verstrijken van de termijn van art. 3 lid 1 Fw maar vóór de (nadere) mondeling behandeling van het verzoek tot faillietverklaring een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling door de schuldenaar kan worden gedaan, waarop ingevolge art. 3a Fw bij voorrang dient te worden beslist (anders de uitspraak in eerste aanleg: Rb. 's-Hertogenbosch 30 maart 2005, *NJF* 2005, 271, waarin is gewezen op alle eerdere mogelijkheden die de schuldenaar heeft gehad tot het tijdig indienen van een verzoek als bedoeld in art. 284 Fw, gezien ook de noodzaak tot voortvarende afhandeling van het faillissementsverzoek); evenzo Rb. Dordrecht 22 november 2006, *Prg.* 2006, 199. Zie in dit kader ook E.A.L. van Emden, 'HR 6 april 2007, JOL 2007, 235. Is de termijn van art. 3 lid 1 Fw een fatale termijn?', *TvI* 2007, p. 143 e.v.

22 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 30: wanneer een voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling niet wordt opgevolgd door een definitieve toepassing, kan alsnog op een aanhangig verzoek tot faillietverklaring worden beslist; in dit geval kan een faillissement niet ambtshalve worden uitgesproken (art. 288 lid 4 Fw).

rechtswege. Deze regeling is kennelijk ingegeven door hetgeen is opgemerkt door Van der Grinten in zijn noot onder HR 16 mei 1986,[23] voor het geval van samenloop van een verzoek tot het verlenen van surseance van betaling en een verzoek tot faillietverklaring. In de parlementaire stukken is in dit verband enkel opgemerkt dat aldus onzekerheid over de vraag wat het lot is van het verzoek tot faillietverklaring, wordt tegengegaan en dat er in dit geval geen belang meer is op het verzoek tot faillietverklaring uitspraak te doen.[24] Inderdaad is, wanneer de schuldenaar definitief is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, de regel 'geen belang geen actie' van toepassing (art. 3:303 BW). Voor een ingesteld verzoek tot faillietverklaring betekent dit dat de verzoeker in zijn verzoek niet (meer) kan worden ontvangen. De in art. 3a lid 3 Fw neergelegde regel dat het verzoek tot faillietverklaring van rechtswege vervalt, is dus processueel bezien hiermee niet in overeenstemming. Dit klemt temeer daar een verzoeker recht heeft op een rechterlijke beslissing. Door te bepalen dat het verzoek tot faillietverklaring van rechtswege vervalt, wordt immers afgeweken van dit, in art. 23 Rv verankerde algemene beginsel van procesrecht. Daarnaast blijft de verzoeker in het ongewisse wat er met zijn verzoek gebeurt, terwijl volgens art. 26 Rv de rechter toch niet mag weigeren op zijn verzoek te beslissen. Dit alles lijkt weer niet zo bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Het komt mij voor dat verzoeker er in ieder geval recht op heeft dat hem wordt medegedeeld dat zijn verzoek van rechtswege is vervallen.[25] Processueel zou het beter zijn, indien de rechter tegelijk met de uitspraak houdende definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling tevens bij een aparte – of eventueel dezelfde – beschikking bepaalt dat verzoeker in zijn verzoek tot faillietverklaring niet kan worden ontvangen.

Gedurende de toepassing van de schuldsaneringsregeling kan de schuldenaar ingevolge art. 312 lid 1 Fw op verzoek van een schuldeiser uitsluitend in staat van faillissement worden verklaard ter zake van vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling niet werkt.[26] Daarbuiten kan een verzoeker niet in zijn verzoek tot faillietverklaring van de saniet worden ontvangen. Overigens is faillissement van de schuldenaar dan slechts mogelijk door/ten gevolge van rechterlijk ingrijpen, te weten op grond van art. 338 lid 6 (beëindiging van de schuldsaneringsregeling na de verificatievergadering

23 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 748; zie ook hierna par. 5.

24 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 29 e.v.

25 In de Richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2005, is in § 2 enkel voorgeschreven dat de verzoeker van het faillissement op de hoogte gehouden wordt van de behandeling en van de voortgang van het verzoek; ook zorgt de griffier voor hernieuwde oproeping of aanzegging ter zake van het faillissementsverzoek bij afwijzing van het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. In § 3 is neergelegd dat de uitspraak inzake het verzoek tot faillietverklaring aan betrokkenen zo spoedig mogelijk bekend wordt gemaakt. Over het 'van rechtswege vervallen' van het verzoek tot faillietverklaring is niets nader bepaald.

26 Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 51 e.v.

onder toepassing van art. 350 lid 3 sub c, d of e, hetgeen meebrengt dat de schuldenaar van rechtswege in staat van faillissement verkeert ex art. 350 lid 5), 340 lid 4 (bij ontbinding van het akkoord wordt de schuldenaar in staat van faillissement verklaard), 350 lid 5 (de schuldenaar verkeert van rechtswege in staat van faillissement bij tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling op grond van art. 350 lid 3 sub c, d of e) en 354 lid 4 (beëindiging van de schuldsaneringsregeling op de voet van art. 354, waarbij de rechter toepassing geeft aan art. 350 lid 5 Fw).

Afwijzing van het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, mits in kracht van gewijsde gegaan, heeft uiteraard ten gevolge dat het verzoek tot faillietverklaring (weer) in behandeling kan worden genomen (art. 3a lid 2 Fw). Evenzo zal, wanneer de toepassing van de schuldsaneringsregeling nog niet is uitgesproken, het verzoek tot faillietverklaring (weer) in behandeling worden genomen, indien het gedrag van de schuldenaar daartoe aanleiding geeft.[27]

3 VANUIT FAILLISSEMENT NAAR SCHULDSANERING

Een uitvloeisel van de doelstelling om het aantal faillissementen van natuurlijke personen terug te dringen ten gunste van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is ook art. 15b Fw. Indien het faillissement is uitgesproken, kan door de schuldenaar volgens art. 15b lid 1 Fw omzetting van het faillissement in de toepassing van de schuldsaneringsregeling worden verzocht. Omzetting is echter alleen onder bepaalde voorwaarden mogelijk, te weten dat de schuldenaar wegens hem niet toe te rekenen omstandigheden heeft nagelaten binnen de termijn van art. 3 lid 1 Fw een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringregeling te doen of dat het faillissement is uitgesproken op eigen aangifte, en dat omzetting plaatsvindt in de periode dat faillissement en schuldsaneringsregeling nog parallel aan elkaar lopen.

Om met dit laatste te beginnen: art. 15b lid 1 Fw bepaalt dat de rechtbank, totdat de verificatievergadering is gehouden of, indien de verificatievergadering achterwege blijft, totdat de rechter-commissaris de beschikkingen als bedoeld in art. 137a lid 1 Fw heeft gegeven, het faillissement kan opheffen onder het

27 Zie in dit verband ook Rb. Arnhem 23 juni 2004, 2004-452: een schuldenaar wiens faillissement was aangevraagd, verzocht bij de behandeling van dit verzoek toegelaten te worden tot de schuldsaneringsregeling, voor zover wordt overwogen hem failliet te verklaren; de rechtbank oordeelde 'dat nog niet kan worden vastgesteld dat er geen (toekomstige) boedelschulden ontstaan uit zijn voormalige bedrijfsvoering (ter zake van bijvoorbeeld werkgeverspremies of huur van een bedrijfspand). Gelet daarop is het af te raden reeds nu dit verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling in behandeling te nemen. Met deze mogelijke boedelschulden kan immers niet de zogenoemde "schone lei" worden verkregen. … De rechtbank kan te zijner tijd alsnog een verzoek tot omzetting in behandeling nemen.' Zie voor een verzoek tot omzetting hierna, par. 5.

gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Voor het (uiterste) tijdstip dat de verificatievergadering is gehouden, is gekozen vanwege het feit dat vanaf dat moment de tot dan sporende regelingen van faillissement en schuldsanering uiteen gaan lopen. In samenhang daarmee is omzetting ná dat tijdstip enerzijds niet gewenst, omdat na de verificatie de boedel in staat van insolventie verkeert (art. 173 lid 1 Fw) en door de curator al tot vereffening en uitkering kan zijn overgegaan, terwijl verdeling onder de schuldeisers in faillissement op een andere basis gebeurt dan in de schuldsaneringsregeling (zie art. 349 lid 2 Fw). Anderzijds worden bij de schuldsanering de schuldeisers in de verificatievergadering geraadpleegd over het ontwerp van een saneringsplan (art. 334 Fw) en eventueel over het ontwerp van een akkoord (art. 331 Fw), en het houden van een nieuwe vergadering zou, wanneer de verificatievergadering in het faillissement reeds zou hebben plaatsgevonden, onnodige vertraging opleveren en leiden tot extra werkdruk.[28] Indien het faillissement vereenvoudigd wordt afgewikkeld (art. 137a Fw), zal er geen verificatievergadering plaatsvinden. In dit geval is het meest praktische (uiterste) tijdstip het moment dat de rechter-commissaris de beschikkingen als bedoeld in art. 137a lid 1 Fw geeft.[29] Ook in dit geval divergeren vanaf genoemd tijdstip de regelingen inzake faillissement en schuldsanering. Het omzetten van faillissement in de toepassing van de schuldsaneringsregeling is derhalve na de in art. 15b lid 1 Fw genoemde tijdstippen niet mogelijk; het gaat met andere woorden in beide gevallen om een fataal tijdstip.[30] Het verzoek tot omzetting dient dan ook te worden gedaan op een zodanig moment dat de rechter vóór genoemd tijdstip een beslissing dienaangaande kan nemen. Is dit niet (meer) mogelijk, dan kan verzoeker niet worden ontvangen in zijn verzoek.[31]

Uit het vorenstaande blijkt dat tot de in art. 15b lid 1 Fw genoemde tijdstippen op verzoek van de gefailleerde diens faillissement kan worden opgeheven onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.[32] De Moor en Schoorlemmer wijzen erop dat met de beschikking van de rechter-commissaris als bedoeld in art. 137a lid 1 Fw, de toegang tot de schuldsaneringsregeling wordt afgesloten en ook blijft afgesloten, indien de rechter-commissaris op de voet van art. 137g Fw bepaalt dat alsnog een verifi-

28 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 31.

29 MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 199, nr. 3, p. 5.

30 Zie in dit verband voor het 'feitelijke omslagmoment' ook Hof Leeuwarden 8 juni 1999, 1999-050, oordelende dat verzoeker in zijn verzoek tot omzetting kon worden ontvangen, hoewel er in het faillissement een verificatievergadering was gehouden; dit werd mogelijk geacht, omdat tijdens de verificatievergadering de behandeling met betrekking tot een mogelijke raadpleging en stemming inzake een nog aan te bieden akkoord is aangehouden, waardoor de boedel nog niet in staat van insolventie verkeert; daarnaast is komen vast te staan dat de curator nog niet is overgegaan tot vereffening en uitdeling.

31 Aldus ook Dethmers 2005, p. 31.

32 Vgl. Hof Leeuwarden 27 april 2005, *LJN* AU2293.

catievergadering wordt gehouden. Daarom lijkt het deze schrijvers zinvol dat de rechter-commissaris, voordat hij de in art. 137a lid 1 Fw bedoelde beschikking geeft, zich er in voorkomende gevallen van vergewist of de schuldenaar overweegt een verzoek tot omzetting in te dienen, dan wel voldoende kennis heeft (ondanks de mededeling dienaangaande van de griffier ex art. 4 lid 1, tweede volzin, Fw) van de mogelijkheid om dit te doen.[33]

Opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is overigens alleen mogelijk, indien redelijkerwijs niet geoordeeld kan worden dat de gefailleerde wegens hem toe te rekenen omstandigheden binnen de termijn bedoeld in art. 3, eerste lid, Fw geen verzoekschrift tot het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling heeft ingediend. Daarnaast is omzetting eveneens mogelijk, indien het faillissement is uitgesproken op eigen aangifte van de schuldenaar.

Een schuldenaar kan de voorkeur geven aan faillissement boven toepassing van de schuldsaneringsregeling om hem moverende redenen. Is het faillissement op eigen aangifte uitgesproken, dan heeft de schuldenaar ingevolge art. 15b lid 1 Fw alsnog de mogelijkheid om voor toepassing van de schuldsaneringsregeling te kiezen.[34] Men zij er hierbij ook op bedacht dat voor de eigen aangifte – die in de praktijk vaak mondeling wordt gedaan – juridische bijstand niet is vereist (art. 5 Fw).[35] Wél stelt de griffier ingevolge de tweede volzin van art. 4 lid 1 Fw de schuldenaar terstond ervan in kennis (mondeling of schriftelijk) dat hij, onverminderd art. 15b lid 1 Fw, een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling kan indienen. Maar – anders dan het geval is bij een verzoek tot faillietverklaring (art. 3 lid 2 Fw) – wordt de aldus aanhangig gemaakte procedure niet geschorst om onwenselijke vertraging van de behandeling te voorkomen. Met dit voorschrift is beoogd te waarborgen dat de schuldenaar die aangifte doet van zijn faillissement, zich bewust is van de schuldsaneringsregeling, opdat een mogelijke overstap van het faillissement naar de toepassing van de schuldsaneringsregeling zo vroeg mogelijk wordt gemaakt.[36]

Naar onder de aandacht is gebracht door Dethmers[37] overziet een natuurlijke persoon, wiens faillissement is verzocht en aan wie vervolgens het faillissementsverzoek is toegezonden met de mededeling dat hij ter afwending van het verzochte faillissement binnen twee weken moet beslissen een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling in te dienen (art. 3 lid 1 Fw), vaak niet de consequenties van de hem geboden keuze; er zijn schuldenaren

33 R.R.M. de Moor & W. Schoorlemmer, *Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19 e.v.; zie ook B. Wessels, *Verificatie van schuldvorderingen*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 5246.

34 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 30.

35 Zo Verschoof 1998, p. 49.

36 Aldus B. Wessels, *Verificatie van schuldvorderingen*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 5246; zie ook *T&C Faillissementswet*, art. 4, aant. 2 (Willems).

37 Dethmers 2005, p. 21.

die het allemaal maar op zijn beloop laten. Art. 15b lid 1 biedt de failliet dan de mogelijkheid tot herkansing onder voorwaarde dat redelijkerwijze niet geoordeeld kan worden dat de gefailleerde wegens hem toe te rekenen omstandigheden binnen de termijn bedoeld in art. 3 lid 1 Fw geen verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft gedaan. 'Hoewel daar in strikte zin niet snel sprake van lijkt te zijn (alleen bij overmacht),' aldus vervolgt Dethmers, 'wordt deze nalatigheid doorgaans op pragmatische gronden door de vingers gezien, zodat alsnog de schuldsaneringsregeling van toepassing kan worden verklaard.' Nog niet zo lang geleden heeft de Hoge Raad echter een strikte uitleg gegeven aan de term 'de schuldenaar toe te rekenen omstandigheden' als bedoeld in art. 15b lid 1 Fw. Volgens de Hoge Raad[38] gaat het hierbij om omstandigheden die zich binnen de termijn van veertien dagen als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw hebben voorgedaan; omstandigheden van latere datum mogen niet bij de beoordeling worden betrokken.

Voor rekening en risico van de schuldenaar komt het niet (laten) afhalen van de aangetekende brief met de mededeling als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw, die aan het juiste adres is verzonden en onder vermelding van niet afgehaald zijn, retour is gezonden, terwijl niet blijkt van rechtens te honoreren omstandigheden die de schuldenaar verhinderden de brief op te halen.[39] Ook het ongelezen terzijde leggen van de brief[40] of het niet reageren op de brief omdat de schuldenaar op dat moment meende niet te verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen,[41] vallen niet onder de schuldenaar niet toe

38 HR 10 juni 2005, *NJ* 2005, 314; zie ook G.J. Lankhorst, 'Omzetting van faillissement in schuldsanering', *Bb* 2005, p. 208 e.v.; *SchuldSanering* 2005/5, nr. 217 (bespreking van HR 10 juni 2005), p. 27 e.v.; J.J. Roos, 'Kronieken. Insolventieprocesrecht', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2005/4, p. 128.

39 Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2006, *JIN* 2006, 405; evenzo Hof 's-Gravenhage 29 januari 2002, 2002-298 ('hoe moeilijk X. het door zijn persoonlijke omstandigheden ook gehad moge hebben'). Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2002, 2002-354: wanneer de oproepbrief als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw de schuldenaar niet bereikt door verhuizing naar een andere gemeente zonder inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie aldaar, komt dit voor risico van de schuldenaar; daarnaast is weinig aannemelijk dat de toenmalige advocaat, aan wie de ex-echtgenote van de schuldenaar belangrijke post zou doorzenden, dat niet meteen zou hebben gedaan; Hof Amsterdam 23 juni 2006, *LJN* AY7046: een regelmatig voor langere tijd in het buitenland verblijvende schuldenaar had inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie op een bepaald adres ten onrechte voort laten bestaan; aan dit adres was onder meer de brief van de griffier als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw verzonden; niet aannemelijk was dat de schuldenaar al het mogelijke had gedaan om, ondanks zijn verblijf in het buitenland, van zijn poststukken kennis te nemen.

40 Zie Hof Leeuwarden 12 april 2000, 2000-160; evenzo Hof Leeuwarden 28 november 2001, 2001-276 (de schuldenaar stelde dat hij de brief 'niet ontvangen althans niet gezien althans niet gelezen heeft' en voorts 'dat hij het toen te druk had en niet alle post kon nakijken').

41 Zie Hof Arnhem 28 oktober 2002, 2002-368.

te rekenen omstandigheden.[42] En wanneer een schuldenaar er welbewust voor kiest gemeentekrediet aan te vragen om zodoende het faillissement af te wenden en zijn verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling intrekt, kan evenmin worden geoordeeld dat er sprake is van de schuldenaar niet toe te rekenen omstandigheden.[43]

4 TOEGANG TOT SCHULDSANERING AFGESLOTEN

Voor het geval dat wordt verzocht het faillissement op te heffen onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling als bedoeld in art. 15b lid 1 Fw, worden in art. 15b lid 3 Fw drie specifieke gevallen genoemd die aan de verzochte omzetting in de weg staan, te weten:

a. indien het faillissement is uitgesproken terwijl de schuldsaneringsregeling ten aanzien van de schuldenaar van toepassing was;
b. indien de schuldenaar in staat van faillissement verkeert door beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling; en
c. indien het faillissement is uitgesproken op grond van art. 340 lid 4 Fw.

Het gaat hierbij om gevallen dat het faillissement is ontstaan gedurende (art. 312 Fw) of in aansluiting op de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 338 lid 6, art. 350 lid 5, 354 lid 4 Fw). Aldus wordt voorkomen dat een schuldenaar die tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling failliet is verklaard, het faillissement weer kan doen omzetten in een schuldsaneringsregeling.[44] In deze gevallen is art. 15b lid 1 Fw dus niet van toepassing en zal verzoeker niet kunnen worden ontvangen in zijn verzoek tot omzetting.[45]

---

42 Zie ook nog Hof Arnhem 26 januari 2006, *LJN* AV6424: op het moment dat de schuldenaar de oproep voor de mondelinge behandeling van een faillissementsverzoek ontving, en ook tijdens de zitting had de schuldenaar – die zich enkele weken eerder met een verzoek tot schuldhulpverlening tot de Stadsbank had gewend – 'zich kunnen en moeten realiseren dat hij wellicht niet het juiste verzoek bij de juiste instantie had ingediend. Niet is gebleken dat [appellant] op dat moment, hoewel dat op zijn weg lag, enige actie heeft ondernomen om uit te zoeken wat nog ontbrak aan een verzoek tot toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling.'

43 Zo Hof Amsterdam 25 november 2005, *NJF* 2006, 198.

44 Aldus MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 31. In *Faillissementswet* (R.J. van Galen), art. 15b, aant. 2 (losbl.), wordt opgemerkt dat de bepalingen in art. 15b lid 3, sub b en c, Fw overbodig zijn, nu in deze gevallen het faillissement ambtshalve wordt uitgesproken en derhalve art. 15b lid 1 Fw niet van toepassing is (art. 3 lid 1 Fw is niet van toepassing geweest en het faillissement is ook niet op eigen aangifte uitgesproken); hierbij kan worden opgemerkt dat in sommige gevallen het faillissement niet ambtshalve wordt uitgesproken maar dat de schuldenaar van rechtswege in staat van faillissement verkeert (art. 350 lid 5 Fw), in welk geval art. 15b lid 1 Fw echter evenmin van toepassing kan zijn.

45 In dit verband is de uitspraak van Rb. Alkmaar 9 mei 2002, 2002-358, ook nog het vermelden waard: gezien art. 15b lid 3 Fw werd een verzoek tot omzetting afgewezen, terwijl tegelijkertijd het faillissement van verzoeker werd opgeheven op grond dat voldoende is gebleken

De weg van faillissement naar toepassing van de schuldsaneringsregeling als bedoeld in art. 15b lid 1 Fw is echter niet alleen afgesneden in de in art. 15 lid 3 Fw genoemde gevallen. Dit is volgens de Hoge Raad eveneens het geval, indien het faillissement (ambtshalve) is uitgesproken na intrekking van surseance van betaling ingevolge art. 242 lid 4 Fw:[46]

> 'De in art. 3 lid 1 Fw voorgeschreven kennisgeving door de griffier heeft betrekking op gevallen waarin de faillietverklaring is verzocht door schuldeisers of gevorderd door het Openbaar Ministerie. Art. 3 lid 1 Fw biedt de schuldenaar aan wie surseance is verleend derhalve geen gelegenheid om, wanneer intrekking van de surseance en faillietverklaring op de voet van art. 242 Fw dreigt, alsnog toepassing te vragen van de schuldsaneringsregeling. In het verlengde daarvan moet worden aangenomen dat een schuldenaar wiens faillietverklaring op de voet van art. 242 lid 1 Fw is uitgesproken niet kan worden ontvangen in een op art. 15b Fw gebaseerd verzoek zijn faillissement op te heffen onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.
> Deze op de tekst van de art. 3 en 15b Fw gebaseerde uitleg strookt met de bedoeling van de wetgever zoals deze blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Wet van 25 juni 1998, *Stb.* 445, waarbij de schuldsaneringsregeling in de Faillissementswet werd opgenomen.'

Het komt mij voor dat in alle gevallen waarbij in aansluiting op een verleende surseance van betaling ambtshalve het faillissement wordt uitgesproken (art. 218 lid 5, 272 lid 4, 277 en 280 Fw), art. 15b lid 1 Fw toepassing mist en verzoeker in zijn verzoek tot omzetting derhalve niet kan worden ontvangen.

Vormt art. 15b lid 3 Fw geen beletsel voor omzetting en is aan de vereisten van art. 15b lid 1 Fw voldaan, dan zal de rechter – net als bij ieder verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling – vervolgens moeten toetsen aan de in art. 288 Fw opgenomen weigeringsgronden. Het gaat hierbij om algemene weigeringsgronden, imperatieve (zie art. 288 lid 1 Fw)[47] en facultatieve (zie art. 288 lid 2 Fw).[48] Deze weigeringsgronden

---

dat de toestand van de boedel daartoe aanleiding geeft (art. 16 Fw).

46 HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005, 538, *JOR* 2005, 308; zo reeds Hof Amsterdam 22 april 2005, *NJF* 2005, 288, waarin wordt overwogen: 'Een andersluidende opvatting valt ook niet te rijmen met het bepaalde in art. 274a (dit moet zijn 247a; MBdB) Fw, dat met het oog op de belangen van de crediteuren van de schuldenaar een duidelijke begrenzing biedt van de omzetting van de (voorlopige) surseance van betaling in de toepassing van de schuldsaneringsregeling' (zie voor art. 247a Fw hierna, par. 6).

47 Een aardig voorbeeld in dit verband is Hof 's-Hertogenbosch 15 juli 2004, 2004-449: de schuldenaar die op eigen aangifte in staat van faillissement was verklaard, verzocht opheffing daarvan onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op de voet van art. 15b lid 1 Fw; dit laatste werd geweigerd na toetsing aan het in art. 288 lid 1 sub b Fw bepaalde: met name het op naam zetten van een horecabedrijf en het houden van een hennepplantage na het uitspreken van het vonnis van faillietverklaring stonden aan toelating in de weg. In Hof Leeuwarden 27 april 2005, *LJN* AU2293, vormde art. 288 lid 1 sub b Fw daarentegen geen belemmering om het faillissement van de schulde-

zijn limitatief.[49] Naar verluidt zal op 1 januari 2008 de Wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen in werking treden.[50] Het ingrijpend gewijzigde art. 288 bevat (drie cumulatieve) toelatingsvoorwaarden in lid 1 en (drie imperatieve) weigeringsgronden in lid 2.

5 SURSEANCE VAN BETALING EN FAILLISSEMENT

Volgens art. 218 lid 6 Fw komt – analoog aan art. 3a lid 1 Fw – indien een aanvrage tot faillietverklaring en een verzoek tot surseance van betaling gelijktijdig aanhangig zijn, eerst het laatste in behandeling. Voor de toepassing van deze bepaling doet het er niet toe of het verzoek tot faillietverklaring en het verzoek tot surseance bij hetzelfde of bij verschillende rechterlijke colleges gelijktijdig aanhangig zijn.[51] Deze regel geldt niet alleen in eerste aanleg maar is tevens van (overeenkomstige) toepassing, indien een verzoek tot faillietverklaring in eerste aanleg is afgewezen en de zaak na ingesteld hoger beroep bij het hof aanhangig is, terwijl de schuldenaar hangende het hoger beroep een verzoek tot het verlenen van surseance van betaling bij de rechtbank doet.[52] Niet is vereist dat het verzoek tot faillietverklaring en het verzoek tot surseance gelijktijdig zijn ingediend.[53] In de praktijk wordt vaak een verzoek tot surseance ingediend door een schuldenaar wanneer een faillissements-

naar op te heffen onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.

48 Zie in verband met art. 288 lid 2 sub b Fw (goede trouw van de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van de schulden) de overweging ten overvloede (r.o. 3.6) in Hof Arnhem 26 januari 2006, *LJN* AV6424. Door Rb. 's-Hertogenbosch 4 augustus 2002, 2002-327, werd een gefailleerde met een aanzienlijke schuldenlast, veroorzaakt door fraude wegens verzwegen omzetten en zwart uitbetalen van personeel, na een 'wachttijd' ('bedoeld om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen zich de belangen van zijn crediteuren dusdanig aan te trekken dat hij als gevolg daarvan voor toelating in aanmerking komt') op een hernieuwd verzoek tot de schuldsaneringsregeling toegelaten. Voor de in art. 288 lid 2 sub a Fw opgenomen weigeringsgrond (het verzoek kan worden afgewezen, indien minder dan tien jaar voorafgaande aan de dag waarop het verzoekschrift is ingediend, de schuldenaar ingevolge een bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak in staat van faillissement heeft verkeerd) heeft het dan lopende faillissement voor de toepassing van art. 15b Fw geen betekenis, aldus MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 31 e.v.

49 Zie daarvoor verder: *Faillissementswet* (R.J. van Galen), de aant. bij art. 288 (losbl.); Polak-Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 1999, nr. 9059 e.v.; Dethmers 2005, p. 30 e.v.; *T&C Insolventierecht*, de aant. bij art. 288 (Wessels); *SDU Commentaar Insolventierecht*, de aant. bij art. 288 (Noordam).

50 Wet van 24 mei 2007, *Stb.* 2007, 192 (wetsvoorstel 29 942); zie voor de datum van inwerkingtreding KB 18 juni 2007, *Stb.* 2007, 222.

51 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. III. Wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 411 (MvA I, 1934/35, 49).

52 Analoog aan HR 6 april 2007, *NJ* 2007, 205; zie hiervoor, par. 2.

53 Zie Van der Feltz 1897, p. 351 en p. 357.

aanvraag wordt gevreesd c.q. verwacht of om een reeds aangevraagd faillissement te voorkomen.[54] Het verzoek tot surseanceverlening zal zowel in het ene geval – aangenomen dat dit surseanceverzoek inmiddels is gevolgd door een verzoek tot faillietverklaring – als in het andere geval met voorrang worden behandeld.[55]

Uitvloeisel van art. 218 lid 6 Fw is dat, wanneer een verzoek tot surseance wordt gedaan, de procedure tot faillietverklaring die aanhangig was op het moment van indienen van het verzoek, wordt geschorst totdat het surseanceverzoek is afgehandeld. Wanneer het verzoek tot faillietverklaring reeds in behandeling was genomen, geldt dat de verdere behandeling daarvan wordt geschorst totdat het surseanceverzoek is afgehandeld. Het verzoek tot surseance moet in behandeling worden genomen zolang op het verzoek tot faillietverklaring nog geen uitspraak houdende faillietverklaring is gedaan.[56] Feitelijk is dat het moment waarop de behandeling ter zitting van het verzoek tot faillietverklaring plaatsvindt, ervan uitgaande dat daarop het faillissement inderdaad wordt uitgesproken.[57] Is het faillissement eenmaal uitgesproken, dan is in de procedure na het instellen van een rechtsmiddel een verzoek tot surseanceverlening niet-ontvankelijk. In dit verband leert de Hoge Raad: 'zolang de faillietverklaring niet bij wege van een hogere voorziening is tenietgegaan, kan de failliet niet in een verzoek tot surseance van betaling worden ontvangen; anders zou een voorlopige surseance moeten worden verleend en ontstaat er een situatie die met de bij voorraad werkende faillietverklaring niet verenigbaar zou zijn'.[58] Wordt een vonnis van faillietverklaring vernietigd na door de schuldenaar ingesteld verzet, dan 'staat geen rechtsregel eraan in de weg dat de rechtbank tevens op een daartoe strekkend verzoek van de schuldenaar voorlopige surseance van betaling verleent.'[59] Dit is wanneer het vonnis van faillietverklaring in hoger beroep wordt vernietigd niet anders.

Het faillissement van een schuldenaar die in surseance van betaling verkeert, kan niet rauwelijks worden verzocht (zie art. 248 lid 1 Fw), ook niet door een schuldeiser voor wie de surseance niet geldt (art. 232 Fw).[60] De verzoeker kan alsdan niet in zijn verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar worden ontvangen. Tijdens surseance van betaling kan immers het

54 Vgl. J.A. Vreeswijk, *De surséance van betaling en het akkoord*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1973, p. 37; A.J. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 55; *Faillissementswet* (R.J. van Galen), art. 218, aant. 10 (losbl.); *T&C Insolventierecht*, art. 218, aant. 10 (Van Sint Truiden); B. Wessels, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 8005 en 8070.

55 Vgl. Hof Amsterdam 20 oktober 1926, *NJ* 1928, 977, *W* 11 582.

56 Vgl. HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 748 (nt. G); zie ook Hof Arnhem 8 juni 1999, *JOR* 1999, 185.

57 Zie hiervoor, noot 19.

58 HR 18 januari 1952, *NJ* 1953, 55; evenzo HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 573; HR 31 augustus 1995, *NJ* 1996, 18.

59 Aldus HR 4 oktober 1991, *NJ* 1991, 820.

60 Zie ook Kortmann & Faber 1995, p. 513 (VV II, 1933/34, 424 en MvA II, 1934/35, 49).

faillissement van de schuldenaar alleen ambtshalve door de rechter worden uitgesproken (zie 218 lid 5, 242 lid 4, 272 lid 4 en 277 Fw).

Met het tijdig indienen van een verzoek tot surseance wordt dus – net als bij het indienen van een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling – bewerkstelligd dat een op dat moment aanhangige procedure tot faillietverklaring wordt geschorst. Zo wordt ook de procedure die is ingeleid met een ná het aanvragen maar vóór het verlenen van surseance gedaan verzoek tot faillietverklaring, bij het aanhangig maken onmiddellijk geschorst. Weigering van de verzochte surseance brengt mee dat de geschorste procedure tot faillietverklaring kan worden hervat.

Voorlopige verlening van de verzochte surseance zonder dat op enig moment nadien de surseance wordt ingetrokken, doet de vraag rijzen wat er gebeurt met het verzoek tot faillietverklaring in de geschorste procedure. Deze vraag rijst ook, indien het verzoek tot definitieve surseanceverlening wordt afgewezen c.q. de definitief verleende surseance wordt ingetrokken, al dan niet onder het gelijktijdig uitspreken van het faillissement (art. 218 lid 5 c.q. art. 242 lid 4 Fw), en indien de verlenging wordt geweigerd (art. 223 lid 2, dat voor de behandeling van het verzoek verwijst naar art. 218 Fw, inclusief de mogelijkheid tot faillietverklaring[61]). Volgens Van der Grinten vervalt het verzoek tot faillietverklaring door het verlenen van voorlopige surseance: naar zijn mening zijn er geen termen aanwezig om het verzoek tot faillissement nog als aanhangig te beschouwen, gelet op de in art. 218 lid 5 c.q. art. 242 lid 4 Fw gegeven (discretionaire) bevoegdheid tot faillietverklaring aan de rechter.[62] 'Met het systeem van de wet verdraagt zich kwalijk dat wanneer een surseance eindigt zonder dat de rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot faillietverklaring, alsnog moet worden beslist op het verzoek tot faillissement.'[63] Daarnaast kan opgemerkt worden dat, zodra de surseance voorlopig is verleend, de regel 'geen belang geen actie' (art. 3:303 BW) geldt. Processueel bezien betekent dit voor de verzoeker van het faillissement dat hij door de rechter in zijn verzoek niet kan worden ontvangen. Uitvloeisel van deze zienswijze is ook dat de geschorste faillissementsprocedure niet meer kan worden hervat bij afwijzing van de definitieve surseanceverlening, bij weigering van de verlenging ervan dan wel bij beëindiging van de surseance op enigerlei wijze.[64]

---

61 Zie HR 6 maart 1942, *NJ* 1942, 397.

62 De discretionaire bevoegdheid tot het uitspreken van een faillissement is daarnaast gegeven in art. 272 lid 4 en 277 Fw; alleen art. 280 lid 2 Fw bevat een imperatief voorschrift tot het uitspreken van het faillissement.

63 Aldus Van der Grinten in zijn noot onder HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 748.

64 Anders: B. Wessels, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 8071, die daartoe verwijst naar HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 748 m.nt. G; zie ook *T&C Insolventierecht*, art. 218, aant. 10 (Van Sint Truiden). In opgemelde zaak zijn rechtbank en hof echter – zoals door annotator Van der Grinten terecht is opgemerkt – 'wat slordig te werk gegaan.' Volgens de annotator wordt de zaak door de Hoge Raad gered door zijn interpretatie van het arrest

Op enig moment zal door de rechter echter een beslissing dienen te worden gegeven op het verzoek tot faillietverklaring, op gevaar af te worden beticht van rechtsweigering (art. 26 Rv). Verzoeker heeft immers in beginsel recht op een beslissing van zijn verzoek (art. 23 Rv). Verzoeker heeft naar mijn mening er recht op ervan op de hoogte te worden gesteld wat er met zijn verzoek na het verlenen van de voorlopige surseance gebeurt.[65] Het heeft naar mijn mening de voorkeur dat de rechter tegelijk met zijn beslissing tot het verlenen van voorlopige surseance tevens bij een aparte – of eventueel dezelfde – beschikking een beslissing geeft inzake het verzoek tot faillietverklaring, te weten dat verzoeker in zijn verzoek niet kan worden ontvangen. Hoewel opneming hiervan in de wet – zoals is voorgesteld door de Commissie Mijnssen[66] – gegeven art. 23 en 26 Rv niet direct noodzakelijk is, zou dit wel klaarheid brengen voor wat betreft de 'status' van de geschorste procedure inzake het verzoek tot faillietverklaring. Met een wetswijziging aansluiting zoeken bij art. 3a lid 3 Fw – het verzoek tot faillietverklaring vervalt van rechtswege bij de uitspraak tot het verlenen van voorlopige surseance van betaling[67] – zou mogelijk zijn maar is niet aan te bevelen; hierboven is immers

van het hof. De overweging van het hof 'dat overigens de Rb. op grond van art. 218 lid 5 Fw de gevraagde faillietverklaring ook ambtshalve had kunnen uitspreken' – zo vervolgt Van der Grinten – 'moet volgens de Hoge Raad aldus worden verstaan, dat indien het faillissement niet op het oorspronkelijke verzoek had kunnen worden uitgesproken, de schuldenaren hierbij geen belang hebben omdat gelet op art. 218 Fw in ieder geval voldoende grond voor faillietverklaring aanwezig was. Deze welwillende uitleg van het arrest is doelmatig en niet in strijd met een redelijke bescherming van de belangen van de gefailleerden.' Men kan zich dan ook afvragen of – mede gezien de voorgeschiedenis bij de rechtbank en het hof – uit dit arrest zonder meer mag worden afgeleid dat de behandeling van het aangehouden verzoek tot faillietverklaring kan worden hervat, wanneer het verzoek tot het definitief verlenen van surseance van betaling wordt afgewezen.

65 In de Richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling 2005, § 2, wordt hieromtrent geen voorschrift gevonden; zie ook hiervoor, noot 25.

66 Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet, Oktober 1989, p. 81, waar wordt voorgesteld in art. 218 lid 6 Fw expliciet aan te geven dat, indien de rechtbank de verzochte surseance verleent, het verzoek tot faillietverklaring wordt afgewezen. Daar het verzoek tot faillietverklaring niet kan slagen om een reden die buiten de zaak zelf is gelegen, gaat het procestechnisch niet om afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring maar om niet-ontvankelijkheid van verzoeker in het verzoek.

67 Bij de schuldsaneringsregeling is voor 'het vervallen' van het verzoek tot faillietverklaring vereist dat de definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling wordt uitgesproken (art. 3a lid 4 Fw), maar de rechter is niet de bevoegdheid toegekend om de schuldenaar ambtshalve failliet te verklaren wanneer de definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling niet wordt uitgesproken (art. 288 lid 4 Fw); daarentegen heeft de rechter, bij weigering om definitief surseance te verlenen, wél de bevoegdheid tot ambtshalve faillietverklaring van de schuldenaar (art. 218 lid 5 Fw), hetgeen impliceert dat het verzoek tot faillietverklaring al kan 'vervallen' bij het verlenen van voorlopige surseance van betaling.

verdedigd dat processueel bezien art. 3a lid 3 Fw geen schoonheidsprijs verdient.[68]

Het gevaar is aanwezig dat een surseanceverzoek wordt gedaan terwijl faillissement duidelijk is geïndiceerd. Een dergelijk misbruik kan in de hand gehouden worden met intrekking van de surseance – al dan niet ambtshalve – op grond art. 242 lid 1 sub 5° Fw,[69] in welk geval de rechter bij dezelfde beschikking het faillissement van de schuldenaar kan uitspreken op grond van art. 242 lid 4 Fw. Dit is trouwens ook al mogelijk op grond van art. 218 lid 4 Fw.

6 VANUIT SURSEANCE VAN BETALING NAAR SCHULDSANERING

Uitsluitend aan de schuldenaar zelf komt de bevoegdheid toe een verzoek te doen tot het verlenen van surseance van betaling (zie art. 214 lid 1 Fw) of tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (zie art. 284 lid 1 Fw), aangenomen dat het een schuldenaar betreft die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent (art. 213 lid 1 Fw). Met art. 247a Fw wordt deze schuldenaar de mogelijkheid geboden om desgewenst op een eenmaal voor surseance van betaling gemaakte keuze terug te komen en alsnog toepassing van de schuldsaneringsregeling te verzoeken. Een dergelijk verzoek zal geïndiceerd zijn, indien de met surseance beoogde sanering geen soelaas biedt.

Een natuurlijke persoon kan dus de rechter verzoeken om de hem voorlopig verleende surseance van betaling in te trekken onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Volgens art. 247a lid 1 Fw kan een dergelijk verzoek slechts worden gedaan tot de achtste dag voorafgaande aan die waarop over de definitieve verlening van de surseance wordt beslist (art. 215 lid 2 Fw), doch in ieder geval niet later dan twee maanden na de dag waarop de surseance voorlopig is verleend. Uit de parlementaire stukken kan worden opgemaakt dat dit – net als bij het verzoek tot opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 15b lid 1 Fw) – een fataal tijdstip is.[70] Omzetting binnen betrekkelijk korte termijn is gewenst, omdat bij de toepassing van de schuldsaneringsregeling bepalingen gelden die afwijken van de regelingen van de surseance van betaling. Het moet daarnaast niet zo zijn dat de schuldenaar op enig tijdstip dat hem goeddunkt, alsnog omzetting van de surseance in de toepassing van de schuldsaneringsregeling verkrijgt, nadat eerst gedurende lange(re) tijd het surseanceregime – dat anders dan de schuldsaneringsrege-

68 Zie daarvoor par. 2.

69 Vgl. Leuftink 1995, p. 55; B. Wessels, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 8070.

70 Zie ook HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005, 538, *JOR* 2005, 308: 'Blijkbaar achtte de wetgever het onwenselijk dat de schuldenaar die gekozen heeft voor surseance, na afloop van die betrekkelijk korte periode alsnog zou kunnen opteren voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling'; zie voor art. 15b lid 1 Fw hiervoor, par. 3.

ling niet op liquidatie is gericht – van toepassing is geweest. Het is, tot slot, ook in het belang van de wederpartijen van de schuldenaar om op korte termijn duidelijkheid te verkrijgen of ten aanzien van de schuldenaar alsnog de toepassing van de schuldsaneringsregeling zal worden uitgesproken.[71] Kortom, er is een duidelijk gemarkeerde, zij het korte tijdspanne waarin de schuldenaar een definitieve keuze moet maken voor óf het surseanceregime, óf het schuldsaneringsregime,[72] met de wetenschap dat na het verstrijken van de in art. 247a lid 1 Fw genoemde termijn het mislukken van de door middel van surseance beoogde reorganisatie kan uitlopen in faillissement, van waaruit geen overstap meer kan worden gemaakt naar de schuldsaneringsregeling.[73]

De omstandigheid dat surseance voorlopig werd verleend terwijl een (eerder gedaan) verzoek tot faillietverklaring was geschorst (art. 218 lid 6 Fw), vormt geen beletsel om ingevolge art. 247a Fw wisseling van insolventieregime te verzoeken. Daar het verzoek tot faillietverklaring met het verlenen van de voorlopige surseance is 'vervallen' of liever niet-ontvankelijk is, doen zich geen problemen voor met art. 3 en 3a Fw. Wanneer de rechter het verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling afwijst, blijft de voorlopig verleende surseance in stand en kan hij vervolgens – zo daartoe aanleiding is – de surseance niet definitief verlenen en alsnog het faillissement uitspreken (art. 218 lid 5 Fw).

Indiening van een verzoek tot intrekking van de voorlopig verleende surseance onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling na de in art. 247a lid 1 Fw genoemde termijn, zal ertoe leiden dat verzoeker in zijn verzoek niet kan worden ontvangen.[74]

7 Afsluitende opmerkingen

Overziet men de regels die gelden in geval van samenloop van een verzoek tot faillietverklaring van een natuurlijke persoon en een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, dan blijkt duidelijk dat aan de schuldsaneringsregeling zo veel als mogelijk voorrang is toegekend. De art. 3 en 3a Fw getuigen hiervan, bepalingen die in de rechtspraktijk met grote soepelheid naar de schuldenaar toe worden gehanteerd (zie par. 2). En wanneer dan toch het faillissement van een natuurlijke persoon is uitgesproken, dan is er onder bepaalde voorwaarden nog een 'herkansing' mogelijk, mits

71 Aldus MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 33.

72 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 24. Dethmers 2005, p. 22, merkt in dit verband op: 'Gelet op deze korte termijn, waarbinnen bijvoorbeeld amper een akkoord kan worden behandeld, heeft deze surseance van betaling meer het karakter van een bedenktijd voor de schuldsanering dan van een zelfstandige mogelijkheid tot sanering.'

73 Zie hiervoor, par. 3.

74 Evenzo Dethmers 2005, p. 31.

dit zijn beslag krijgt in de periode dat het faillissements- en schuldsaneringsregelingstraject nog met elkaar sporen. Voor een zodanige herkansing in de vorm van opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, sluit art. 15b lid 1 Fw echter die schuldenaren uit die geen beroep op 'overmacht' kunnen doen, te weten dat er wegens aan de schuldenaar toe te rekenen omstandigheden niet eerder, binnen de wettelijke termijn van art. 3 Fw een verzoek tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling is gedaan. Ook deze regel wordt in de rechtspraktijk op milde wijze toegepast (zie par. 3). Omzetting van insolventieregime is echter niet toegelaten, wanneer het faillissement is ontstaan in aansluiting op de toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 15b lid 3 Fw) of een (voorlopig) verleende surseance van betaling. Daarnaast moet de schuldenaar uiteraard voldoen aan de algemene criteria voor toelating tot de schuldsaneringsregeling als bedoeld in art. 288 leden 1 en 2 Fw (zie par. 4).

Voor een natuurlijke persoon met een zelfstandig beroep of bedrijf, is er – buiten het aanvragen van zijn faillissement – de keuze tussen het verzoeken van het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling of het verlenen van (voorlopige) surseance van betaling. Samenloop van een verzoek tot het verlenen van surseance en een verzoek tot faillietverklaring is ook mogelijk. Hier geldt eveneens dat aan het verzoek tot het verlenen van surseance voorrang toekomt (art. 218 lid 6 Fw). Anders dan bij de schuldsaneringsregeling laat de wet ons in het ongewisse wat er bij het (voorlopig) verlenen van de verzochte surseance met het faillissementsverzoek gebeurt. Net als bij samenloop van schuldsanering en faillissement, mag aangenomen worden dat dan de regel 'geen belang geen actie' (art. 3:303 BW) opgeld doet, hetgeen betekent dat de verzoeker in zijn verzoek tot faillietverklaring niet door de rechter kan worden ontvangen (zie par. 5). En blijkt dat de schuldenaar beter voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling dan voor surseance had kunnen kiezen, dan is een verzoek tot omzetting op grond van art. 247a lid 1 Fw mogelijk, waarvoor hem een korte tijdspanne is vergund (zie par. 6).

Hoofddoel van de schuldsaneringsregeling is een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen, de mogelijkheid van een schone lei te bieden; verder is met deze regeling beoogd om het aantal faillissementen van natuurlijke personen terug te dringen. Het primaat van de schuldsaneringsregeling boven faillissement is een uitvloeisel daarvan. Maar ook indien een schuldenaar voor surseance van betaling kiest en aldus zijn financiële problemen wil proberen te overwinnen, heeft hij nog de mogelijkheid om terug te vallen op de schuldsaneringsregeling, en kan aldus een faillissement met alle gevolgen van dien voorkomen. Die keuze zal hij echter snel dienen te maken.

14 Samenloop van auteurs- en modellenrechtelijke vorderingen

P.A.C.E. van der Kooij[■]

1 INLEIDING

Op de uiterlijke verschijningsvorm van een industrieel of ambachtelijk vervaardigd voortbrengsel kunnen tegelijkertijd verscheidene intellectuele eigendomsrechten gevestigd zijn. Voor het ontstaan van sommige van deze rechten is een voorafgaande inhoudelijke toetsing noodzakelijk. Tot deze categorie behoren het merkrecht (in casu dus een beeld- of vormmerk, vgl. art. 2.1 en 2.11 Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE)) en het (Europese) octrooirecht (in casu dus met betrekking tot een of meer technische aspecten, vgl. art. 90 e.v. Europees Octrooiverdrag). Andere intellectuele eigendomsrechten ontstaan weliswaar eveneens eerst nadat een daarop gerichte aanvraag (depot) is ingediend, maar deze rechten worden vervolgens vrijwel automatisch verleend, zonder voorafgaande inhoudelijke (materiële) toetsing van overheidswege. In deze groep horen thuis het nationale (Nederlandse) octrooirecht (vgl. art. 24 e.v. Rijksoctrooiwet 1995) en het modelrecht (vgl. art. 3.9 e.v. BVIE). Nog weer een andere klasse wordt gevormd door uitsluitende rechten die van rechtswege ontstaan, zonder welke tussenkomst van de overheid dan ook. Men denke aan het auteursrecht, dat ontstaat op het moment dat iemand een werk van letterkunde, wetenschap of kunst het licht doet zien (vgl. art. 1 Auteurswet 1912 (AW)) en aan het zg. niet-ingeschreven Gemeenschapsmodelrecht (vgl. art. 5, lid 1 sub a Verordening betreffende Gemeenschapsmodellen).[1]

In deze bijdrage richt ik mij op een tweetal rechten dat tegelijkertijd op één en hetzelfde product betrekking kan hebben, het auteursrecht en het modelrecht. Zoals hieronder nader uiteengezet zal worden, bestrijken beide intellectuele eigendomsrechten het twee- en driedimensionale uiterlijk van voortbrengselen: niet alleen dus het bijzondere kleurenpatroon van een zomerbloesje of het nieuwe dessin, aangebracht op behang of tapijt, maar ook de vorm van een vaas, lamp of fluitketel.

Voor auteursrechtelijke bescherming is, kort gezegd, een 'eigen, oorspronkelijk karakter' noodzakelijk; het modellenrecht eist sinds enige tijd een 'eigen karakter'. Een nogal voor de hand liggende vraag is dan ook, of er een inhou-

---

■ P.A.C.E. van der Kooij is universitair hoofddocent intellectueel eigendomsrecht bij de afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

1 Zie hierover nader sub 4.

delijk verschil bestaat tussen deze twee criteria. Als het antwoord daarop ontkennend luidt, vervalt immers de noodzaak om in rechte op beide een beroep te doen, en is een auteursrechtelijke claim in veruit de meeste gevallen het aantrekkelijkst, alleen al vanwege de veel langere beschermingstermijn en – anders dan ingeval van een (nationaal) modelrecht – de afwezigheid van formaliteiten voor het ontstaan van het recht.

Hierna komt (sub 2) eerst de inhoud van het oorspronkelijkheidsvereiste in het auteursrecht ter sprake, gevolgd (sub 3) door het criterium van het eigen karakter in het modellenrecht. Daarna wordt (sub 4) onderzocht hoe de rechter tot nu toe is omgegaan met zaken waarin de advocaat van de rechthebbende voor beide ankers is gaan liggen. De vraag die hier centraal staat is dus, of en in hoeverre een beroep op het modelrecht, zoals neergelegd in het BVIE, in de hier bedoelde gevallen thans nog zelfstandige betekenis heeft.

Buiten beschouwing blijft een nog bestaand derde (of, als men het merkenrecht meetelt, zelfs een vierde) anker, te weten dat van de slaafse nabootsing op basis van art. 6:162 BW (vgl. art. 3.16 BVIE, dat deze mogelijkheid tegenwoordig weer expliciet vermeldt, anders dan diens voorlopers, art. 14 lid 5 resp. lid 8 Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen (BTMW)).[2] De bevindingen worden tot slot (sub 5) samengevat.

2 OORSPRONKELIJKHEID IN HET AUTEURSRECHT

Volgens art. 1 AW is het auteursrecht het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen. In art. 10 AW vinden we een uitgebreide opsomming van wat de wet zoal als 'werk' beschouwt. De bepaling rangschikt onder het werkbegrip tevens (in lid 1 sub 11°) de 'werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid'. De wet vermeldt daarentegen geen criteria die aangeven waaraan een werk in deze context moet voldoen om beschermwaardig te zijn. In enkele internationale regelingen komt men in dit verband wel de term 'oorspronkelijkheid' tegen, zo bijv. in art. 2 lid 3 Berner Conventie,[3] dat bepaalt dat onder meer vertalingen van een werk als oorspronkelijke werken worden beschermd, 'onverminderd de rechten van de auteur van het oorspronkelijke werk'. Enkele EG-richtlijnen op het gebied van het auteursrecht gebruiken eveneens de term oorspronkelijkheid en/of spreken van een 'eigen (intellectuele) schepping van

2 Zie hierover bijv. D.W.F. Verkade, *Bescherming van het uiterlijk van produkten*, Deventer: Kluwer 1985, p. 177 e.v.; L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 127 e.v.; P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89.

3 Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, laatstelijk herzien te Parijs op 24 juli 1971, *Trb.* 2006, 158.

de auteur'.[4] In de considerans van Richtlijn 2006/116/EG (overweging 16) wordt – ten aanzien van fotografische werken – de eis van oorspronkelijkheid gedefinieerd als de 'eigen schepping van de auteur die de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid, met uitsluiting van andere criteria zoals de verdienstelijkheid of de bedoeling ervan'.

Hiermee is overigens niet gezegd, dat de *inhoud* van het begrip oorspronkelijkheid ook reeds in communautair verband geharmoniseerd is. Het tegendeel is veeleer het geval. Als gevolg van uiteenlopende nationale tradities wordt de term op diverse manieren geïnterpreteerd, al naar gelang van het vigerende rechtsstelsel. Met name bij onze oosterburen wordt de lat sinds jaar en dag betrekkelijk hoog gelegd, en verlangt men, indien het gaat om de auteursrechtelijke bescherming van bepaalde categorieën werken (waaronder tekeningen en modellen van nijverheid), niet alleen dat in het werk de persoonlijke expressie van de maker tot uitdrukking komt, maar tevens dat er sprake is van 'kunst'. Naar verluidt houdt deze verzwaarde eis met name verband met het gegeven dat de bescherming van vormgeving via twee verschillende wetten mogelijk is gemaakt, de auteurs- en de modellenwet, en dat daarom ook de voorwaarden voor bescherming verschillend moeten zijn. In het verlengde hiervan is de cumulatie van auteurs- en modellenrechtelijke bescherming van één en hetzelfde voorwerp in sommige lidstaten in het geheel niet mogelijk, in andere lidstaten juist geheel en al mogelijk (zie voor de Benelux art. 3.28 en 3.29 BVIE, voorheen art. 21-24 BTMW), en in weer andere lidstaten slechts onder bijkomende voorwaarden mogelijk. In de hierna sub 3 te bespreken Richtlijn modellenrecht bepaalt art. 17 thans:

> 'Een model dat overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn in of ten aanzien van een lidstaat is ingeschreven, kan tevens beschermd worden door het auteursrecht van die lidstaat (…). Elke lidstaat bepaalt de omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid.'

De Commissie is kennelijk gecharmeerd van cumulatie als hier bedoeld, maar is zich gezien deze bepaling ervan bewust dat harmonisatie van de oorspronkelijkheidseis voorlopig nog een brug te ver is.[5]

---

4 Zie Richtlijn 91/250/EEG d.d. 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, art. 1 lid 3, *Pb EG* L122/42; Richtlijn 96/9/EEG d.d. 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, art. 3, lid 1, *Pb EG* L77/20; Richtlijn 2006/116/EG d.d. 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, art. 6, *Pb EG* L 372/12.

5 Zie hierover o.m. Commissie van de EG, *Groenboek betreffende de juridische bescherming van modellen van nijverheid*, Brussel 1991, doc.nr. III/5131-1/91-NL, p. 21 e.v. en p. 47 e.v.; H. Cohen Jehoram, 'EG-harmonisatie van modellenbescherming en originaliteit', *NJB* 1994, p. 1302 e.v.; U. Suthersanen, *Design law in Europe*, London: Sweet & Maxwell 2000, p. 75 e.v. en p. 177; A. Kur, 'Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis', *GRUR* 2002, p. 665. Zie voorts art. 96 lid 2 Verordening (EG) nr. 6/2002 van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, *Pb EG* 2002, L 3/1.

In de Nederlandse rechtspraak is de voorwaarde van oorspronkelijkheid diverse malen tot in hoogste instantie aan de orde gesteld. De Hoge Raad definieert sinds het Screenoprints-arrest uit 1985 het werk in auteursrechtelijke zin als 'een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt'.[6] Men kan zich de vraag stellen, of dit criterium zich nog leent voor opsplitsing in twee afzonderlijke voorwaarden: die van de oorspronkelijkheid en die van het persoonlijk stempel. Hierover heeft het hoogste rechtscollege zich nog nooit expliciet uitgelaten. Duidelijk lijkt in ieder geval, dat er tot op zekere hoogte sprake zal moeten zijn van *betrokkenheid* van de auteur bij het ontstaan van het werk, getuige alleen al de woorden 'persoonlijk stempel'. Dat neemt niet weg, dat de voorwaarde van oorspronkelijkheid, zo blijkt wel uit de (lagere) rechtspraak, een betrekkelijk lage drempel vormt. 'Een zekere mate' van creativiteit, al is die betrekkelijk gering, wordt veelal voldoende geacht. Waar het vooral om gaat, is dat de maker bij het vervaardigen van het werk bepaalde subjectieve keuzes heeft gemaakt, anders gezegd een eigen selectie uit een veelheid van mogelijkheden, waarbij zijn eigen smaak of voorkeur de doorslag heeft gegeven.[7]

3 Eigen karakter in het modellenrecht

Vóór de komst van de Richtlijn modellenrecht[8] verlangde onze BTMW in art. 4 sub 1a, dat het te beschermen model[9] nieuw was, dat wil zeggen dat *niet* 'op enig tijdstip van de periode van vijftig jaren, voorafgaande aan de datum van het depot (…), een voortbrengsel dat hetzelfde uiterlijk vertoont als (…) het gedeponeerde model, dan wel daarmede slechts ondergeschikte verschillen vertoont in de belanghebbende kring van nijverheid of handel van het Beneluxgebied feitelijk bekendheid heeft genoten'. Dit werd vrij algemeen gezien als een laagdrempelige voorwaarde, nu haar bewoordingen impliceerden dat alle design die langer dan vijftig jaar geleden in vergetelheid was geraakt en/of

6 HR 29 november 1985, *NJ* 1987, 880 (Screenoprints/Citroën); in dezelfde zin: HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 377 (Kluwer/Lamoth); HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 (Van Dale/Romme).

7 Zie over het werkbegrip bijv. L. Wichers Hoeth 2000, p. 307 e.v.; J.H. Spoor & D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 64 e.v.; N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2007, p. 51 e.v., met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

8 Richtlijn 98/71/EG d.d. 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *Pb EG* L 289/28.

9 De wet noemt overigens consequent naast elkaar de (tweedimensionale) tekeningen en de (driedimensionale) modellen; voor de toepasselijkheid van de regelgeving maakt dit onderscheid echter niets uit. Ik spreek daarom in deze bijdrage steeds kortheidshalve over modellen(recht).

slechts buiten de Benelux bekend was, voor bescherming in aanmerking kwam.[10]

De zojuist genoemde richtlijn introduceerde een extra voorwaarde voor bescherming. Behalve nieuw (kort gezegd: geen identiek model voor het publiek beschikbaar gesteld vóór de depot- of voorrangsdatum, art. 4 Rl.) dient een model tegenwoordig ook van een eigen karakter voorzien te zijn. Deze hogere drempel hing samen met de eveneens verhoogde beschermingsomvang.[11] Art. 5 Rl. omschrijft deze eis als volgt:

> '1. Een model wordt geacht een eigen karakter te hebben, indien de algemene indruk die het bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die vóór de datum van indiening van de aanvraag (…) voor het publiek beschikbaar zijn gesteld.
> 2. Bij de beoordeling van het eigen karakter wordt rekening gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.'

In het zg. Groenboek van de Europese Commissie, dat aan de basis van de Modellenrichtlijn stond, werd onder andere uiteengezet, dat bewust niet voor de term 'oorspronkelijkheid' was gekozen, omdat dit onvermijdelijk zou worden gezien als een poging tot harmonisatie van de uiteenlopende wijzen waarop de lidstaten 'werken van toegepaste kunst' benaderen. Het Groenboek stelde daarom in dit verband de term 'onderscheidbaarheid' voor.[12] Naderhand moest dit laatste begrip het veld ruimen, vanwege eventuele complicaties met het merkenrecht, waarin het onderscheidend vermogen reeds lang een centrale rol vervult. In plaats daarvan opteerde de Commissie toen voor het criterium van het eigen karakter (individual character, Eigenart, caractère individuel), waarbij werd geëist dat de algemene indruk van het te beschermen model 'in belangrijke mate' verschilde van hetgeen reeds voordien bekend was. Het Europees Parlement vond dit echter toch weer iets te streng, met als gevolg dat de woorden 'in belangrijke mate' uiteindelijk werden geschrapt.[13] Saillant detail is hier overigens, dat de considerans in overweging

---

10 Zie bijv. D.W.F. Verkade 1985, p. 47 e.v.; E.A. van Nieuwenhoven Helbach/J.L.R.A. Huydecoper/C.J.J.C. van Nispen, *Nederlands handels- en faillissementsrecht, II. Industriële eigendom en mededingingsrecht*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1989, p. 201 e.v.; G. van Empel & P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 1999, p. 114; L. Wichers Hoeth 2000, p. 112; P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 72-74.

11 Zie daaromtrent bijv. A.A. Quaedvlieg, 'Eigen karakter, technische functie en specialiteit in het nieuwe modellenrecht', *BIE* 2004, p. 529 e.v.; idem, 'De redelijk speciale universaliteit van de modellenrichtlijn. Geïnformeerde gebruiker kijkt verder dan gebruiksfunctie', *BIE* 2006, p. 406 e.v.

12 *Groenboek* van de Commissie 1991, p. 74 e.v. en p. 159 e.v.

13 Zie over de totstandkoming van de richtlijn ook B. Posner, 'The proposal of an EU design', *IER* 1995, p. 121 e.v.; H.M.H. Speyart, 'Het gewijzigde voorstel van de Europese Commissie voor de modellenrichtlijn', *BIE* 1996, p. 222 e.v.

13 spreekt over het 'duidelijke verschil tussen de algemene indruk die wordt gewekt…' enz., terwijl het Europees Parlement bij amendement het woord 'duidelijke' eveneens heeft willen schrappen; klaarblijkelijk heeft dit amendement het echter in de daaropvolgende fasen van de totstandkoming van de richtlijn (derde lezing Europees Parlement, conciliatieprocedure) toch niet gehaald.[14]

In art. 1bis lid 2 BTMW (met ingang van 1 september 2006: art. 3.3 lid 2 BVIE) is de tekst van art. 5 Rl. vrijwel letterlijk overgenomen. Ondanks de zojuist genoemde, in de richtlijn aangebrachte wijzigingen is de beschermingsdrempel in het modellenrecht thans, zoals gezegd, hoger dan voorheen. In beginsel zal immers al hetgeen vóór de depotdatum bekendheid genoot (anders gezegd: onderdeel uitmaakte van het zg. vormgevingserfgoed) schadelijk kunnen zijn voor de nieuwheid en/of het eigen karakter. Wat dit laatste criterium betreft merkt het Gemeenschappelijk Commentaar van de regeringen (GC) bijvoorbeeld op, dat het mogelijk is 'dat een later model dat op een aanzienlijk aantal detailpunten verschilt van een eerder model, toch geen bescherming geniet omdat er een algemene indruk van overeenkomst ('déjà vu') bestaat.' Daar staat tegenover dat de richtlijn deze verhoogde drempel zelf op enkele plaatsen relativeert, zo bijv. door de introductie van de term 'geïnformeerde gebruiker'. Het GC zegt hieromtrent:

> 'De geïnformeerde gebruiker kan frappante verschillen zien die volledig zouden kunnen ontsnappen aan de aandacht van de 'gewone' gebruiker. Wat de 'gewone' gebruiker dus als iets zonder eigen karakter beschouwt omdat hij bepaalde verschillen niet opmerkt, kan toch door de geïnformeerde gebruiker als een voortbrengsel met een eigen karakter onderscheiden worden. Hij hoeft geen deskundige bij uitstek te zijn, maar heeft wel enige kennis van de markt van het desbetreffende voortbrengsel.'

Ook in het 'voor het publiek beschikbaar stellen' (art. 6 Rl., art. 1bis leden 3 en 4 BTMW, art. 3.3 leden 3 en 4 BVIE) schuilen enkele relativeringen, die bijv. beogen te voorkomen dat vormgevingselementen die slechts op zeer kleine schaal bekend waren gemaakt vóór de depot- of voorrangsdatum de modellenrechtelijke bescherming zouden kunnen frustreren. Dit aspect blijft hier verder

14 Ook in de andere taalversies van de richtlijn is de term blijven staan. Vgl. L.A.G. Meyer, 'Moet de BTMW in de steigers?', *IER* 1998, p. 5. Zie voor het bedoelde amendement *Pb EG* 1997, C339/52. Rb. Den Haag 24 december 2003, *BIE* 2005, 23 (Hartmann/Ten Teije) verwijst expliciet naar de passage in de considerans.

buiten beschouwing.[15] Hetzelfde geldt voor de vraag, of en in hoeverre de voorwaarden van nieuwheid en eigen karakter elkaar overlappen.[16]

Al met al bieden echter de geschiedenis van de totstandkoming van de richtlijn en de uiteindelijke redactie van art. 5 Rl. maar weinig houvast bij de beantwoording van de vraag naar de materiële betekenis van het eigen karakter-criterium.[17] Sommige auteurs hebben opgemerkt, dat er in elk geval sprake zou moeten zijn van een scheppingsdaad waardoor een zekere afstand tussen het vormgevingserfgoed en het nieuwe model zou worden gecreëerd.[18] Anderen hebben openlijk hun twijfel over het zelfstandige bestaansrecht van het modellenrecht uitgesproken en/of hebben verdedigd dat –ter vermijding van overbodigheid van dat modellenrecht– het auteursrechtelijke criterium van oorspronkelijkheid wat meer inhoud zou moeten krijgen dan wel het eigen karakter-vereiste juist niet een al te hoge drempel zou moeten vormen. Over het algemeen wordt op dit punt tot op heden in de vakliteratuur een afwachtende houding aangenomen.[19]

In de nu volgende paragraaf zal onderzocht worden, hoe de Nederlandse rechter gedurende de eerste jaren na de inwerkingtreding van de aan de richtlijn aangepaste BTMW met (een gelijktijdig beroep op) oorspronkelijkheid en eigen karakter is omgegaan.

4 SAMENLOOPJURISPRUDENTIE INZAKE OORSPRONKELIJKHEID EN EIGEN KARAKTER

Ten behoeve van het hierna volgende overzicht heb ik gebruik gemaakt van de jaargangen 2004-2007 (t/m mei) van het *Bijblad bij De Industriële Eigendom (BIE)* en van *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht (IER)*, alsmede van de uitspra-

15 De aan de richtlijn aangepaste BTMW trad op 1 december 2003 in werking (Protocol houdende wijziging van de BTMW, *Trb*. 2002, 129). Het BVIE is tot stand gekomen op 25 februari 2005, *Trb*. 2005, 96. Op de website van het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (<www.boip.int>) zijn o.m. de achtereenvolgende gemeenschappelijke toelichtingen van de regeringen samengebundeld tot één document.

16 Zie hieromtrent bijv. W. Hoorneman, 'Heeft modellenrecht nut naast auteursrecht?', *BMM-bulletin* 1999, p. 26 e.v.; G. van Empel & P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005, p. 129.

17 Ook de opstellers van het TRIPS-Verdrag (*Trb*. 1995, 130) hebben hun kruit kennelijk droog willen houden. Art. 25 lid 1, eerste volzin luidt als volgt: 'De Leden voorzien in de bescherming van onafhankelijk vervaardigde tekeningen en modellen van nijverheid die *nieuw of oorspronkelijk* zijn.' (curs. toegevoegd).

18 Vgl. J.M. Otero Lastres, 'Gedanken zur Richtlinie 98/71/EG über den Rechtsschutz von Mustern und Modellen', *GRUR Int*. 2000, p. 414; H. Vanhees, *Het Beneluxmodel*, Brussel: De Boeck & Larcier NV 2006, p. 18-19.

19 Zie bijv. H. Cohen Jehoram 1994, p. 1300; W. Hoorneman 1999, p. 32; N. Mulder & D. Stols, 'Het niet-ingeschreven gemeenschapsmodel en het einde van de onbeperkte cumulatie', *BMM-bulletin* 2004, p. 197 e.v.; J.H. Spoor & D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser 2005, p. 111 en p. 114.

ken gepubliceerd op <www.boek9.nl>. De te vermelden zaken hebben gemeen, dat daarin steeds zowel op het auteursrecht als op het modellenrecht een beroep werd gedaan, en wel terzake van de uiterlijke verschijningsvorm van één en hetzelfde voortbrengsel. Wat het modellenrecht betreft ging het daarbij meer dan eens om een in deze bijdrage nog niet besproken, en alleen in de Inleiding genoemde variant, te weten het zg. niet-ingeschreven Gemeenschapsmodel. Deze bijzondere vorm van designbescherming werd geïntroduceerd door de Verordening betreffende Gemeenschapsmodellen (zie voetnoot 5, slot), en wel naast het zg. ingeschreven Gemeenschapsmodel. Het recht op een niet-ingeschreven Gemeenschapsmodel ontstaat van rechtswege (dit heeft het dus, zoals in de Inleiding opgemerkt, met het auteursrecht gemeen), met ingang van de datum waarop het desbetreffende voortbrengsel voor het eerst binnen de Gemeenschap *voor het publiek beschikbaar is gesteld*. Het heeft een geldingsduur van drie jaar, is dan ook vooral bedoeld voor modellen met een korte commerciële levensduur (vgl. overweging 16 van de considerans van de Verordening), en moet evenals het ingeschreven model voldoen aan de vereisten van nieuwheid en eigen karakter. De bescherming is beperkter van omvang dan bij de ingeschreven variant, en geldt alleen in gevallen van namaak (zie achtereenvolgens art. 5 lid 1 sub a; 6 lid 1 sub a; 11 lid 1 en 19 lid 2 Vo.).

Ik laat nu zestien geselecteerde uitspraken in chronologische volgorde de revue passeren en vermeld daarbij het oordeel van de rechter ten aanzien van de auteurs- en modellenrechtelijke beschermwaardigheid, voor zover dit uit de gepubliceerde teksten af te leiden valt:

a. Hof Den Bosch 13 mei 2003: de schoen van eiseres houdt voldoende afstand ten opzichte van reeds bestaande schoenen en het model geeft op een voldoende eigen wijze uiting aan de ontwikkeling van een nieuwe mode of trend; de schoen bezit tevens, door de verrassende combinatie van de markant doorlopende geribbelde zool met het klassiek getinte laarsje een eigen oorspronkelijk karakter; inbreuk op het modelrecht aangenomen, en 'inbreuk op het auteursrecht (…) zou tot dezelfde beslissing leiden', namelijk dat de vorderingen toewijsbaar zijn (r.o. 4.8).[20]
b. Hof Arnhem 4 november 2003: voor modellenrechtelijke bescherming komt alleen de perforatie van de douchegoot in aanmerking; de blokvormige vormgeving van de perforatie in de afvoerput van gedaagde is zodanig verschillend van de door eiseres gedeponeerde ellipsvormige perforatie dat daardoor bij de geïnformeerde gebruiker een andere algemene indruk wordt gewekt; dit laatste heeft 'eveneens tot gevolg dat geen sprake is van inbreuk op het door Keizers gestelde auteursrecht' op deze douchegoot (r.o. 4.15).[21]

20 *BIE* 2004, 81 (Kappetein/New Shoe Company). Opmerking verdient, dat het Hof zich bij zijn oordeel in casu geheel heeft gebaseerd op art. 4 (oud) BTMW, hoewel richtlijnconforme interpretatie in de rede had gelegen.

21 *BIE* 2004, 95 (Van den Berg Afvoerputten/Keizers Bouwmaterialen en Sanitair).

c. Hof Den Bosch 9 maart 2004: het Hof gaat er veronderstellenderwijs vanuit, dat de noodverlichtingsarmatuur modellen- en auteursrechtelijk beschermd is; de armatuur van gedaagde wekt een andere algemene indruk dan die van eiseres; daardoor noch inbreuk op het modelrecht, noch op het auteursrecht, nu de totaalindrukken van beide armaturen in voldoende mate verschillend zijn.[22]
d. Hof Amsterdam 27 mei 2004: de uiterlijke verschijningsvorm van de raamposters van eiseres ('tekst met cartoonachtige afbeeldingen gedrukt op een driedimensionaal rechthoekig vlak, gemaakt van flexibel transparant kunststof en voorzien van zuignapjes') is duidelijk verschillend van die van andere producten; naast modellen- ook auteursrechtelijke bescherming nu de specifieke vormgeving van de raamposter, het gebruikte materiaal en de wijze waarop dat is bewerkt, bijdragen aan de creatieve uiting; gevoegd bij nog enkele andere elementen levert dit derhalve een oorspronkelijk werk op.[23]
e. Vzr. Rb. Assen 1 juli 2004: de bedstede van eiseres geniet auteursrechtelijke bescherming; bij de beantwoording van de vraag of ook sprake is van een niet-ingeschreven Gemeenschapsmodel kan worden aangesloten bij het ten aanzien van de auteursrechtelijke beschermwaardigheid overwogene.[24]
f. Vzr. Rb. Arnhem 17 december 2004: eiseres heeft onweersproken gesteld en voldoende aannemelijk gemaakt dat de in het geding zijnde kledingstukken een oorspronkelijk karakter hebben én een geheel eigen karakter, zodat sprake is van auteurs- en modellenrechtelijke bescherming.[25]
g. Vzr. Rb. Den Haag 12 april 2005: eiseres geniet auteursrechtelijke bescherming met betrekking tot de specifieke kleurstelling en lay-out van een drietal speelgoedauto's, te weten de Ferrari Formule I, de Enzo en de F-50, en wat deze laatste twee auto's betreft tevens terzake van de vorm; voor zover het de Enzo betreft heeft gedaagde tevens (overigens: onbetwist) inbreuk gemaakt op de modelrechten van eiseres.[26]
h. Vzr. Rb. Den Haag 9 november 2005: voor zover partijen bij de invulling van de bij de onderhavige speelgoedproducten bestaande mode of trend een auteursrechtelijk relevante keuze hebben gedaan, zijn zij ieder, binnen de beperkte speelruimte, een eigen weg ingeslagen; daarom geen inbreuk op het auteursrecht; op dezelfde gronden aangenomen dat geen sprake is van inbreuk op het modelrecht, nu partijen ook vanuit modellenrechtelijke optiek ieder een eigen weg zijn ingeslagen.[27]

---

22 *BIE* 2005, 34 (Thomas & Betts/Secutrade).
23 *BIE* 2006, 88 (Folat/Trinamic).
24 *IER* 2004, 94 (Kids Factory Group/Somé).
25 <www.boek9.nl> d.d. 8 februari 2005, nr. B9 69, *LJN*: AS5059, zaaknr. 119437 (Basilicum/Sphere).
26 *IER* 2005, 48 (Ferrari/Asian Gear).
27 Kenbaar uit: Hof Den Haag 16 februari 2006, *BIE* 2006, 98 (Goliath/Canenco).

i. Vzr. Rb. Den Haag 15 maart 2006: de vraag of het model van de plantenpot nietig is kan in het midden blijven omdat in casu voorshands wordt geoordeeld dat van inbreuk geen sprake is; veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat de plantenpot een werk in auteursrechtelijke zin oplevert kan op dezelfde gronden worden geoordeeld dat evenmin sprake is van inbreuk op het auteursrecht.[28]
j. Vzr. Rb. Den Haag 17 mei 2006: voorshands moet ervan worden uitgegaan dat de lampen een eigen karakter ontberen vanwege de technische bepaaldheid van het ontwerp; in dat licht is het niet aannemelijk dat aan de lampen wel auteursrechtelijke bescherming toekomt.[29]
k. Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2006: het model van de laarsgymp van eiseres heeft een eigen karakter, nu geen ander eerder model qua ontwerp in de buurt komt van dat model; de laarsgymp vertoont, gelet op de reeds bekende modellen, eveneens een 'eigen karakter' en draagt het persoonlijk stempel van de maker, zodat het tevens auteursrechtelijk beschermd is.[30]
l. Vzr. Rb. Amsterdam 11 oktober 2006: eiseres heeft niet aannemelijk gemaakt dat het ontwerp van de posttassen een eigen en oorspronkelijk karakter bezit en het persoonlijk stempel van de maker draagt; zij heeft ook onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat deze tassen, modellenrechtelijk beschouwd, oorspronkelijke en nieuwe modellen zijn.[31]
m. Vzr. Rb. Den Haag 29 november 2006: modellenrechtelijk gezien komt aan de twee gedeponeerde varianten van het rooster, toegepast in een douchegoot, enig eigen karakter toe; de overige elementen van de douchegoot zijn technisch bepaald en daarom niet via het modellenrecht te beschermen; hetzelfde geldt wat dit laatste betreft voor het auteursrecht; het rooster geniet echter ook los daarvan geen auteursrechtelijke bescherming, nu een rooster met een patroon van sleuven niet als oorspronkelijk is aan te merken: 'Dat de maker een dergelijk rooster 'uit het rek heeft gepakt' verleent geen persoonlijk stempel aan het rooster' (r.o. 4.27).[32]
n. Hof Amsterdam 4 januari 2007: de door eiseres opgesomde elementen van de spijkerbroek leveren geen kenmerkende en/of opvallend creatieve combinatie op, zodat de spijkerbroek niet is aan te merken als een werk dat oorspronkelijk is en het persoonlijk stempel van de maker draagt; op de hiervoor (met betrekking tot het beroep op auteursrecht) uiteengezette gronden, gaat ook het beroep op een aan eiseres toekomend modelrecht niet op.[33]

28 *IER* 2006, 62 (Aufderhaar/Kreuwel).
29 *BIE* 2006, 96 (Massive/Tevea).
30 *IER* 2006, 93 (Converse/Tom Tailor).
31 <www.boek9.nl> d.d. 30 oktober 2006, nr. B9 2864, KG 06-1808 P (Top Bagage/Wistar).
32 <www.boek9.nl> d.d. 1 december 2006, nr. B9 2990, KG ZA 06-918 (Easy Sanitary Solutions/ADW).
33 <www.boek9.nl> d.d. 4 januari 2007, nr. B9 3195, *LJN*: AZ5613, zaaknr. 1264/06 SKG (Tommy Hilfiger/Basilicum).

o. Vzr. Rb. Den Haag 7 mei 2007: de door eiseres naar voren gebrachte kenmerkende vormgevingselementen van de drie ontwerpen voor kinderkleding leiden tot de conclusie, dat sprake is van werken die een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen; ook moet 'zodoende' worden aangenomen dat de ontwerpen nieuw zijn en een eigen karakter hebben in modellenrechtelijke zin.[34]
p. Rb. Den Haag 30 mei 2007: de jas van eiseres is auteursrechtelijk beschermd, nu de kenmerkende elementen daarvan het gevolg zijn van de door eiseres gemaakte subjectieve keuzes bij de creatie van het werk; een verbod is echter niet toewijsbaar vanwege een door gedaagde getekende onthoudingsverklaring; daarom ook een verbod niet toewijsbaar voor zover aan de desbetreffende vordering ten grondslag is gelegd dat gedaagde inbreuk heeft gemaakt op het niet-ingeschreven Gemeenschapsmodel (waarvan de beschermingsduur overigens in casu was verstreken).[35]

Wat valt zoal uit deze uitspraken op te maken? In veruit de meeste gevallen ging het om een kort geding, met een niet al te uitvoerig onderzoek van de feiten en een betrekkelijk korte motivering. Bijna altijd worden Auteurswet en BVIE/Gemeenschapsmodellen-verordening over één kam geschoren. Indien de rechter van oordeel is dat sprake is van een werk met een 'oorspronkelijk karakter', heeft het model in kwestie ook een 'eigen karakter' en andersom. De ene keer komt dit explicieter naar voren dan de andere keer: soms verwijst de rechter uitdrukkelijk naar een eerdere uiteenzetting met betrekking tot één van beide rechten (zie bijv. de zaken vermeld sub a, b, e, n en o). Zo nu en dan laat de rechter geheel in het midden of aan de materiële voorwaarden voor bescherming is voldaan, door te overwegen dat de producten van eiseres en gedaagde voldoende van elkaar verschillen en van inbreuk derhalve geen sprake kan zijn (bijv. in de zaken genoemd onder c en i). In enkele gevallen schiet de gedaagde de rechter in dit opzicht te hulp door de vraag naar de beschermwaardigheid van het voorwerp in kwestie niet aan de orde te stellen of de beschermwaardigheid onvoldoende te betwisten (bijv. in zaken f en g).

Aan het maken van een duidelijk onderscheid tussen het 'oorspronkelijk karakter' en het 'eigen karakter' waagt de rechter zich niet. Wellicht komt hem een dergelijk onderscheid te gekunsteld voor; denkbaar is ook dat een duidelijk richtsnoer van de wetgever en/of van de hoogste rechter in casu node wordt gemist. Heel soms lijkt het erop, dat de rechter van oordeel is dat de 'oorspronkelijkheid' in het auteursrecht een iets hogere drempel vormt dan het modellenrechtelijke 'eigen karakter', gezien de wijze van motivering (zie bijv. zaak d). Impliciet zou een dergelijk standpunt wellicht ook afgeleid kunnen worden uit de volgorde waarin de beide uitsluitende rechten aan de orde worden

34 <www.boek9.nl> d.d. 9 mei 2007, nr. B9 3936, zaaknr. KG ZA 07-280 (Paletti/Shoeby-Shop).
35 <www.boek9.nl> d.d. 1 juni 2007, nr. B9 4066, zaaknr. HA ZA 06-2381 (G-Sus/Low Land Fashion).

gesteld: als een object auteursrechtelijk beschermd is (het meerdere (?)), is het vanzelf ook modellenrechtelijk beschermd (het mindere (?)) (aldus bijv. mogelijk in zaken e en o).

De enige zaak die er mijns inziens in dit verband enigszins uitspringt, is die genoemd sub m. Aldaar overweegt de voorzieningenrechter dat de bewuste producten wél enig eigen karakter bezitten, maar níet als oorspronkelijke werken zijn aan te merken.

Al met al moet mijns inziens de conclusie luiden, dat de praktijk van het intellectuele eigendomsrecht, in het bijzonder met betrekking tot de bescherming van vormgeving, vooralsnog, en voor zover het om de 'karakter-eis' gaat, goed uit de voeten kan met het auteursrecht en dus aan een afzonderlijk modellenrecht geen behoefte lijkt te hebben.

5 Conclusie

Het twee- of driedimensionale uiterlijk van een voortbrengsel kan tegelijkertijd op grond van diverse intellectuele eigendomswetten, én op basis van art. 6:162 BW (slaafse nabootsing) bescherming genieten. In deze bijdrage heb ik mij beperkt tot het auteurs- en het modellenrecht en onderzocht of de materiële voorwaarden die de toepasselijke regelgeving stelt (in het bijzonder, het 'oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker' resp. het 'eigen karakter') inhoudelijk van elkaar verschillen. Uit de Nederlandse rechtspraak op het gebied van het auteursrecht blijkt dat het oorspronkelijk karakter een betrekkelijk lage drempel vormt, óók als dit criterium wordt toegepast op tekeningen en modellen van nijverheid. In sommige andere landen, zoals Duitsland, wordt daarentegen, als het om de auteursrechtelijke bescherming van deze categorie van werken gaat, de lat duidelijk hoger gelegd. Het oorspronkelijkheidsvereiste is dan ook in communautair verband nog (lang?) niet geharmoniseerd.

Ten aanzien van het 'eigen karakter' bieden de teksten van de EG-richtlijn en -verordening inzake de modellenrechtelijke bescherming, alsook de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, weinig houvast wat betreft de inhoudelijke betekenis van dit begrip. De vraag is gerezen, of en in hoeverre een gelijktijdig beroep op beide vormen van bescherming met betrekking tot één en hetzelfde product enige meerwaarde heeft. Uit de onderzochte Nederlandse rechtspraak van de laatste drie jaren blijkt, dat de rechter in deze context vrijwel nooit een duidelijk onderscheid tussen auteurs- en modellenrecht maakt, anders gezegd, de toepasselijke regelgeving bijna altijd over één kam scheert. Men kan zich dan ook in zoverre de vraag stellen of, zolang niet is gebleken dat het oorspronkelijkheidsvereiste een duidelijk hogere drempel vormt, een beroep op modellenrechtelijke bescherming, naast een beroep op het auteursrecht, in gevallen als deze zelfstandige betekenis heeft. Vooralsnog ziet het daar niet naar uit.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2006 en 2007 verschenen:

MI-100 J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 741 3

MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8

MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept,* (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1

MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X

MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2

MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X

MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen,* Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0

MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Leiden: Leiden University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1

MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, (diss. Leiden) 2006

MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9

MI-113 W. Huisman, M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht: nieuwe doelwitten en nieuwe strategieën*, Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4

MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4

MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2

MI-116 Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 756 9

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9

MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7

MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5

MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9021470 2

MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, (diss. Leiden) 2007, Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5

MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8

MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alpen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1

MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4

MI-126 Z. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.

MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde*, (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5

MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5

MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2

MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978-90-13-04886-5

MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2

MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press

MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6

MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Indificudals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument,* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9

MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop,* Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2

MI-137 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04797 4

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

Eerder verschenen in de BWKJ-reeks:

BWKJ 1 (1985): BW-NBW: Twee sporen, één weg
BWKJ 2 (1986): NBW: Vliegen zonder vleugels
BWKJ 3 (1987): Schadeverhaal
BWKJ 4 (1988): Oud en nieuw
BWKJ 5 (1989): Een internationale code
BWKJ 6 (1990): Rechterlijke macht en Nieuw BW
BWKJ 7 (1991): Practicum Nieuw BW. Enkele praktische wenken bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek
BWKJ 8 (1992): Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op 10 bijzondere rechtsgebieden
BWKJ 9 (1993): Beginselen van vermogensrecht
BWKJ 10 (1994): Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht
BWKJ 11 (1995): Europees contractenrecht
BWKJ 12 (1996): Onrechtmatige daad
BWKJ 13 (1997): Import en export van burgerlijk recht
BWKJ 14 (1998): Koop!
BWKJ 15 (1999): Civiele constructies
BWKJ 16 (2000): Tijd en onzekerheid
BWKJ 17 (2001): Recht(er) en belang
BWKJ 18 (2002): Gemeenschap
BWKJ 19 (2003): Doel en effect van civielrechtelijke sancties

BWKJ 20 (2004): Termijnen
BWKJ 21 (2005): Rechtseenheid en vermogensrecht
BWKJ 22 (2007): Europees contractenrecht. Techniek en moraal