



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De maatman in het burgerlijk recht

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

Citation

Castermans, A. G., Houben, I. S. J., Jansen, K. J. O., Memelink, P., Nieuwenhuis, J. H., & Reurich, L. (2008). De maatman in het burgerlijk recht. *Bw-Krant Jaarboek*, 24. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36704>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36704>

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

De maatman in het burgerlijk recht

De maatman in het burgerlijk recht

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

met bijdragen van:

C.H. Bezemer
M.B. de Boer
A.G. Castermans
M.H. Claringbould
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy
P.C. van Es
A.C. Hendriks
Jac. Hijma
J.F.M. Janssen

G.M. Kerpestein
P.A.C.E. van der Kooij
P.J. Kreijger
P. Memelink
P.C.J. De Tavernier
J.A. van der Weide
B. Wessels
W.J. Zwolve

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

© 2008, Castermans, Houben, Jansen, Memelink, Nieuwenhuis & Reurich

Kluwer, Deventer

ISBN 978-90-13-05051-6

NUR 822-201

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, 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 vervoelvoudingen 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 – DE MAATMAN IN HET ALGEMEEN	1
1 Door meten tot weten <i>A.G. Castermans</i>	3
2 Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard <i>W.J. Zwalve</i>	15
3 De maatman en de verkeersopvatting <i>P. Memelink</i>	31
4 Stand als maat. De menselijke maat vóór de Verlichting <i>C.H. Bezemer</i>	53
DEEL II – BIJZONDERE MAATMANNEN	65
5 De zorgvuldige bestuurder of commissaris van een NV of BV <i>Y.L.L.A.M. Delfos-Roy</i>	67
6 Aansprakelijkheid met mate bij ondernemingsvoortzetting door de bewindvoerder in het voorontwerp insolventierecht <i>B. Wessels</i>	79
7 Met welke maat moet de verplichting tot medewerking aan de uitvoering van een verbintenis worden gemeten? <i>J.F.M. Janssen</i>	99
8 De maatman in het onrechtmatige daadsrecht: onderzoek van enkele regels van <i>soft law</i> <i>P.C.J. De Tavernier & J.A. van der Weide</i>	119

9	Normaal (en bijzonder) gebruik van gekochte zaken <i>Jac. Hijma</i>	149
10	De maatman in het huurrecht <i>G.M. Kerpestein</i>	169
11	Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman? <i>P.J. Kreijger</i>	189
12	Notarieel tuchtrecht en civiel recht; meten met twee maatmannen? <i>P.C. van Es</i>	207
13	Van maatman (m/v) naar maatwerk in het gezondheidsrecht <i>A.C. Hendriks</i>	227
14	Een goed bewaarnemer <i>M.B. de Boer</i>	243
15	Een zorgvuldig vervoerder: hij die <i>alle</i> maatregelen neemt <i>M.H. Claringbould</i>	265
16	De maatman in het merkenrecht <i>P.A.C.E. van der Kooij</i>	283

Woord vooraf

In het recht komen wij met enige regelmaat rolmodellen tegen. Van hen leren wij hoe we ons dienen te gedragen, welke kennis van ons wordt verwacht en welke omstandigheden en gedragingen ons zullen worden aangerekend (in juridisch jargon: 'toegerekend'). Deze rolmodellen worden ook wel aangeduid met het begrip 'maatman'. Wie is deze voorbeeldfiguur; deze maatman (m/v)? Wanneer wordt hij te hulp geroepen en hoe functioneert hij in ons recht? Is hij slechts een fictieve figuur of bestaat hij werkelijk? Hoe komen we er achter wat deze maatman vindt? En voorkomt de maatman inderdaad dat de rechter in het burgerlijk recht de menselijke maat uit het oog verliest, zoals Nieuwenhuis beweert?¹ Dat zijn de hoofdvragen waarmee de BWKJ-redactie haar auteurs dit jaar heeft geconfronteerd.

Een groot aantal, rijk gevarieerde bijdragen is het resultaat. Zoals viel te verwachten, komt daarin niet één algemeen profiel van 'de' maatman tot uitdrukking. Zijn universele bruikbaarheid dankt de maatman immers juist aan het feit dat hij niet voor één gat te vangen is. Kenmerk van deze modellen lijkt te zijn dat hij zich voegt naar de omstandigheden van het geval en zich aanpast aan het juridische kader waarin hij wordt ingezet. Tegelijkertijd lijkt de maatman in het burgerlijk recht een spilfunctie te vervullen, die zich uitstrekt tot ver buiten de kaders van het concrete geval. Zijn persoon en functie zijn echter niet onomstreden.

De bijdragen in deze bundel zijn gerangschikt in een algemeen en een bijzonder deel. Het algemene deel vangt aan met een overkoepelende beschouwing van *Castermans*, waarin hij de diverse bijdragen introduceert aan de hand van een praktijkgeval van onverschuldigde betaling. Hierop volgt een drietal andere beschouwingen van algemene aard (*Zwalve*, *Memelink* en *Bezemer*). De twaalf overige bijdragen zijn in het bijzondere deel – min of meer – gerangschikt volgens de systematiek van ons Burgerlijk Wetboek. Aan de orde komen achtereenvolgens de maatman in: het ondernemingsrecht (*Delfos-Roy*, *Wessels*), het overeenkomstenrecht (*Janssen*), het internationale onrechtmatige daadsrecht (*De Tavernier & Van der Weide*), het consumentenrecht (*Hijma*), het huurrecht (*Kerpestein*), het beroepsaansprakelijkheidsrecht (*Kreijger*, *Van Es*), het gezond-

¹ J.H. Nieuwenhuis, 'Personen en hun rollen', in: *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 68.

heidsrecht (*Hendriks*), het recht inzake bewaarneming (*De Boer*), het vervoerrecht (*Claringbould*) en ten slotte het merkenrecht (*Van der Kooij*).

Met deze bundel verwelkomt de redactie tot haar vreugde – wederom – Alex Geert Castermans in haar midden. Zijn Leidse oratie op 28 november 2008, getiteld 'De burger in het burgerlijk recht', is inhoudelijk gekoppeld aan de thematiek van deze bundel. De oratie zal tevens de feestelijke afsluiting vormen van een op diezelfde dag georganiseerde studiemiddag over 'de maatman in het burgerlijk recht'.

De redactie

Leiden, najaar 2008

DEEL I

De maatman in het algemeen

1 Door meten tot weten

A.G. Castermans[▪]

1 BERICHTEN UIT HET KAMERLINGH ONNES LABORATORIUM

Ruim twee eeuwen geleden stak schipper Van Schie zijn pijp op. Het is de vraag of een schipper van een met achttien ton buskruit geladen schuit dat mocht doen. Gelet op het aan die handeling verbonden risico deed Van Schie niet wat een goed schipper betaamt. Door de ontploffing van het kruitschip maakten de grachtenpanden aan de Leidse Steenschuur plaats voor een laboratorium, dat later het Kamerlingh Onnes Laboratorium is gedoopt. Het credo luidde voortaan: door meten tot weten. Onder die vlag vaart nu de Faculteit der Rechtsgeleerdheid.

De maatman is één van de meetinstrumenten van het burgerlijk recht. Wie dat is en welke functie hij vervult is het onderwerp van deze editie van het BW-krant jaarboek. Deze inleiding bevat een overzicht van de bijdragen, aan de hand van een vonnis van de rechtbank Den Haag over een eigentijdse Van Schie, die geen pijp rookte maar coke snoof, ook met ernstige gevolgen. Wie was zijn maatman? Legde de rechtbank de lat te hoog of te laag?

2 CODE VOOR COKE

Begin februari 2005 schreef de Rabobank van rekeningen van haar zakelijke relaties ruim € 4.000,- over naar de Postbankrekening van een derde, 'de ontvanger', op basis van vervalste overschrijvingsformulieren. De bank vergoedde het bedrag aan haar klanten die, op hun beurt, hun vordering op de ontvanger uit onverschuldigde betaling cedeerden aan de Rabobank.

De ontvanger bood geen soelaas. Na de storting was het bedrag van de Postbankrekening opgenomen, volgens hem niet door hemzelf. Hij had zijn bankpas en 'mogelijk ook zijn pincode' in de periode 'december 2004/januari 2005' aan een ander afgegeven in ruil voor een bolletje coke, terwijl hij in de veronderstelling verkeerde dat die ander geen transacties met zijn bankpas kon verrichten, omdat zijn rekening leeg was. Hij stelde niet te weten dat er geld op de rekening was gestort.

▪ A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

De Rabobank legde haar vordering uit onverschuldigde betaling voor aan de rechtbank. Die ging ervan uit dat de ontvanger gehouden is tot teruggave van een bedrag dat gelijk is aan de gestorte geldsom (art. 6:203 lid 2 BW). Zij stelde de vraag of de derde, door niet te betalen, toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van deze verplichting.¹ Vervolgens dook zij in art. 6:204 lid 1 BW dat luidt:

‘Heeft de ontvanger in een periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het goed geen rekening behoefde te houden, niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het goed zorg gedragen, dan wordt hem dit niet toegerekend.’

Een vage bepaling. Dat kan ook niet anders. In juni 2008 telde Nederland alleen al 16.434.955 natuurlijke personen, Europa bijna 500 miljoen en de wereld 6,7 miljard. Velen nemen deel aan het rechtsverkeer, al of niet namens de hier niet getelde rechtspersonen, in een naar plaats sterk wisselende context. Voor het regelen van hun onderlinge rechtsverhoudingen kunnen nationale en internationale regelgevers niet meer bieden dan een basis op hoofdlijnen, met behulp van veelal vage normen. Meijers had bij het opstellen van zijn 49 vraagpunten voor een nieuw burgerlijk wetboek zeker niet voor ogen dat een voorziening zou moeten worden getroffen voor het geval iemand ooit zoiets als een bankpas met bijbehorende pincode ruilt voor cocaïne. De rechter dient te zorgen voor invulling van de bepaling, zodat hij in het voorgelegde geval kan beslissen.

3 TWEE MAATMANNEN

Hoe zorgt de rechter dat zijn invulling van art. 6:204 BW stand kan houden in verschillende casus en bovendien een praktisch te hanteren maatstaf – een menselijke maat – biedt? Hoe draagt hij bij aan het streven naar rechtseenheid en rechtsgelijkheid?

Eén van de technieken is in het voorliggende geval de kennis en het handelen van partijen te vergelijken met de kennis en het handelen van degene die hij in een vergelijkbare situatie de hand boven het hoofd zou houden. Wat die persoon zou hebben geweten en gedaan, zo moet worden gehandeld.

Een andere methode is dat de rechter zich afvraagt hoe de ‘ideale rechter’ naar de zaak zou kijken. In beide gevallen is er sprake van een maatman. De rechter is in sommige gevallen geïnteresseerd in de kennis en het handelen van de ene maatman. In andere gevallen hecht hij belang aan het oordeel van de andere. De rechtseenheid en rechtsgelijkheid zijn ermee gediend dat rechters in vergelijkbare zaken dezelfde maatman kiezen.²

1 Rb. ‘s-Gravenhage 15 november 2007, L/JN BB9270.

2 Vgl. T. Hartlief, *A&V* 1997, p. 52-54.

Wie is die maatman? Mensen vervullen dagelijks zeer uiteenlopende rollen: verkeersdeelnemer, beroepsbeoefenaar, consument. Iedere rol schept verwachtingen die gekoesterd worden op basis van de sociale positie van de betreffende persoon.³ De maatman is dus niet een mens uit één stuk. Hij belichaamt een of meer delen ervan. Hij is geen mens van vlees en bloed.

Wie of wat is hij wel? Welke maatman stond de rechter voor ogen toen hij een oordeel vormde over de kennis en het handelen van de ontvanger van de onverschuldigde betaling? Eerst komt de kennis van de maatman aan bod, in verband met de vraag of de ontvanger redelijkerwijs rekening moest houden met een verplichting tot teruggave (par. 4.1). Vervolgens is er aandacht voor het handelen van de maatman, om te kunnen beoordelen of de ontvanger aan zijn zorgplicht heeft voldaan (par. 4.2). Na een technische opmerking over art. 6:204 BW (par. 5.1) is er ten slotte een andere maatman, één die een oordeel heeft over de toerekenbaarheid van de tekortkoming van de ontvanger (par. 5.2).

4 DE MAATMAN-ONTVANGER

4.1 De kennis van de maatman

Wat wist de ontvanger of wat moest hij weten? Moest hij redelijkerwijze rekening houden met een verplichting tot teruggave? Zo ja, heeft hij als een zorgvuldig schuldenaar voor het goed gezorgd?

De ontvanger die redelijkerwijs geen rekening behoeft te houden met een teruggaveverplichting, wordt gelijkgesteld met een ontvanger te goeder trouw.⁴ Daarmee wordt verwezen naar art. 3:11 BW, waarin het begrip goede trouw is uitgewerkt.

‘Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.’

Voor de beoordeling van iemands kennis is de rechter aangewezen op zijn verklaringen en gedragingen, waaruit is af te leiden of hij van iets heeft geweten. Ontbreken dergelijke verklaringen en gedragingen, dan kan een maatman soelaas bieden. Zou een vergelijkbare persoon in de gegeven omstandigheden op de hoogte zijn geweest van de desbetreffende feiten of regels, dan

3 J.H. Nieuwenhuis, ‘Personen en hun rollen’, in: *Confrontatie en Compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 65-68.

4 M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 163.

is er reden aan te nemen dat ook in het concrete geval sprake is van wetenschap, eventueel bij wijze van vermoeden.

Hoe komt de rechter te weten wat de maatman weet? Hij kan zich verlaten op wat deskundigen hiervan weten, bijvoorbeeld op basis van sociaal wetenschappelijk onderzoek. Hierover schrijft *Van der Kooij* in een zoektocht naar de mate van verwarring bij het publiek ('De maatman in het merkenrecht'). De rechter kan ook een concreet persoon of college als maatman aanwijzen – toch mensen van vlees en bloed – en zijn oordeel bepalend laten zijn, zoals bijvoorbeeld in Rome het *consilium* ten behoeve van de rechter in aansprakelijkheidszaken op grond van de *lex Aquilia* feitelijk vaststelde wat een gewone man in vergelijkbare zaken deed of niet deed (waarover *Zwalve*, 'Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard').

De rechter kan ook aan de hand van de feiten en omstandigheden van het voorkomende geval beredeneren welke kennis aanwezig moet zijn geweest. Het is buiten kijf dat de professional meer behoort te weten dan een ander, zodat 'redelijk' en 'bekwaam' moeten worden gelezen als 'goed' (waarover *Kreijger*, 'Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman?'). De Revigny leerde al omstreeks 1270 dat een stoffenverkoper ermee rekening moet houden dat eenvoudige studenten minder weten van stoffen dan ervaren kopers en dat een vogelverkoper erop moet letten of de koper de vogel ook onder de vleugels bekijkt (waarover *Bezemer*, 'Stand als maat. De menselijke maat vóór de Verlichting'). Objectieve kennis was en is een relatief begrip, af te zetten tegenover de kennis van de wederpartij die ook het kleed van een maatman kan aantrekken, zoals de *reasonable buyer* of de *vernünftige Durchschnittskäufer* (waarover *Hijma*, 'Normaal (en bijzonder) gebruik van gekochte zaken').

Is met het antwoord op de vraag wat een maatman weet, gegeven wat iemand in een concreet geval behoort te weten? Advocaten behoren over een bepaalde basiskennis te beschikken, maar zij behoeven niet paraat te hebben dat en hoe art. 6:204 BW moet worden toegepast bij het beschreven type pinpasfraude. Indien zij zo'n soort zaak in behandeling nemen, dienen zij zo nodig onderzoek te doen naar de toepasselijke regelgeving, de rechtspraak en literatuur. Het resultaat van het te verrichten onderzoek levert kennis op, als gevolg waarvan het weten en behoren te weten van de maatman uiteindelijk samenvallen.

Vanaf wanneer dient iemand met een bankrekening met bijbehorende pinpas rekening te houden met een betaling die hem niet toekomt? Het maakt uit of iemand een beroep of bedrijf uitoefent. Wie dat doet, moet zijn administratie zo uitvoeren dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend (art. 3:15i BW). In verband hiermee zal van een bedrijf of beroepsbeoefenaar mogen worden verwacht ervan op de hoogte te zijn dat er geld naar zijn rekening is overgemaakt. Het verweer dat men niet wist dat er een betaling was verricht, zal niet succesvol zijn.

Bij particuliere rekeninghouders is de rechter daarentegen wel ontvankelijk voor dit verweer, ook al bewaarde iemand pas en code tezamen of gaf hij pas en code prijs.⁵ De Rechtbank Den Haag in het hierboven geschetste geval:

‘Nu gesteld noch gebleken is dat [de ontvanger, AGC] zelf zijn bankpas heeft gebruikt om de op zijn rekening gestorte bedragen op te nemen en hij er ook niet op bedacht hoefde te zijn dat een ander gelden op zijn rekening zou overmaken, om die vervolgens met de bankpas van [de ontvanger, AGC] op te nemen, moet hij worden aangemerkt als ontvanger te goeder trouw.’⁶

Klaarblijkelijk gaan de rechters ervan uit dat de kennis van de normale, particuliere rekeninghouder zich beperken tot de lotgevallen van pas en code alleen.

4.2 Het handelen van de maatman

De ontvanger die wel rekening behoort te houden met een teruggaveverplichting, dient als een zorgvuldig schuldenaar voor het goed zorg te dragen. Wat zou een zorgvuldig schuldenaar doen? Hier is wederom behoefte aan een maatman.

Verschillende bijdragen aan dit boek gaan juist over de vraag hoe de maatman in een specifiek geval zou hebben gehandeld. In sommige gevallen schuift de wetgever een maatman naar voren, bijvoorbeeld door te eisen dat wordt gehandeld als:

- de goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW, waarover *Kreijger*, ‘Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman?’);
- de goed hulpverlener (art. 7:453 BW, waarover *Hendriks*, ‘Van maatman (m/v) naar maatwerk in het gezondheidsrecht’, die waarschuwt patiënten niet over één kam te scheren);
- de goede huurder (art. 7:213 BW, waarover *Kerpesteijn*, ‘De maatman in het huurrecht’);
- de goede bewaarnemer (art. 7:902 BW, waarover *De Boer*, ‘Een goed bewaarnemer’);
- de zorgvuldige vervoerder (art. 8:1098, waarover *Claringbould*, ‘Een zorgvuldig vervoerder: hij die *alle* maatregelen neemt’); of
- de behoorlijke notaris (art. 98 Wet op het notarisambt, waarover *Van Es*, ‘Notarieel tuchtrecht en civiel recht; meten met twee maatmannen?’).

5 Rb. ‘s-Gravenhage 15 november 2007, *LJN* BB9270, r.o. 3.5; Hof ‘s-Hertogenbosch 7 februari 2006, *LJN* AW2550, r.o. 4.8; en Hof ‘s-Hertogenbosch 17 juni 2008, *LJN* BD6224, r.o. 4.6.5.

6 Rb. ‘s-Gravenhage 15 november 2007, *LJN* BB9270, r.o. 3.6.

Maatmannen duiken ook op waar de wetgever:

- een bestuurder of commissaris verplicht tot een behoorlijke vervulling van zijn taak (art. 2:9 BW, waarover *Delfos-Roy*, 'De zorgvuldige bestuurder of commissaris van een NV of BV');
- gevolgen verbindt aan het uitblijven van medewerking door een schuldeiser (art. 6:58 en 59 BW, waarover *Janssen*, 'Met welke maat moet de verplichting tot medewerking aan de uitvoering van een verbintenis worden gemeten?');
- bepaalt dat een verkochte zaak de eigenschappen heeft die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn (art. 7:17 lid 2 BW, waarin een 'maatkoper' is te lezen, aldus *Hijma*, 'Normaal (en bijzonder) gebruik van gekochte zaken'); of:
- de verplichtingen van de verhuurder beschrijft (art. 7:203 e.v. BW, waarover *Kerpesteijn*, 'De maatman in het huurrecht').

Geheel van rechterlijke komaf is de curator die handelt zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (waarover *Wessels*, 'Aansprakelijkheid met mate bij ondernemingsvoortzetting door de bewindvoerder in het voorontwerp insolventierecht').

Het handelen van de maatman hangt vaak nauw samen met zijn objectief vast te stellen kennisniveau. Inzicht en zorgvuldigheid worden in één adem genoemd in de bijdragen over de bestuurder (*Delfos-Roy*) en de curator (*Wessels*). De curator is op de hoogte van de recente stand van rechtspraak en literatuur en handelt daarnaar. Boeren weten heel goed dat de aard van bepaalde wijn het niet toelaat dat hij tot na kerstmis wordt bewaard (en waarschuwen de argeloze student daartegen, *Bezemer*). Tekortkoming en schuldeisersverzuim veronderstellen dat de schuldenaar en de schuldeiser weten dat de wederpartij hun prestatie of medewerking verlangt (en daaraan vervolg geven, *Janssen*). Voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in het kader van delictuele aansprakelijkheid is het kennisniveau van de betrokken partijen ook een belangrijke factor (*De Tavernier & Van der Weide*, 'De maatman in het onrechtmatige daadsrecht: onderzoek van enkele regels van *soft law*').

Kennis en handelen vloeien in elkaar over. Wie oog heeft voor de belangen van een ander, zal die eerder en beter kunnen beschermen. Wie handelt tegen iemands belang, zal alert moeten zijn op de eventuele nadelige gevolgen van zijn handelen en daarnaar eventueel onderzoek moeten verrichten.

Bij de beoordeling van de onverschuldigde betaling na een pinpasfraude kende de rechtbank geen betekenis toe aan de zorg die de ontvanger ten toon spreidde, omdat zij al tot de conclusie was gekomen dat de ontvanger redelijkerwijs geen rekening behoefde te houden met de onverschuldigde betaling:

'Hooguit kan hem worden verweten (...) dat hij in de periode dat de gelden op zijn rekening zijn gestort en opgenomen, onzorgvuldig heeft gehandeld door een

derde in staat te stellen met zijn bankpas en pincode over het op zijn rekening staande saldo te beschikken. Een en ander heeft evenwel niet tot gevolg dat [ontvanger, AGC] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn teruggave verbintenis jegens de Rabobank.'

De tekst van art. 6:204 BW nodigt uit tot zo'n benadering, door de kennis van de onverschuldigde betaling en de zorg voor het betaalde strikt te scheiden. De zorg voor het betaalde is niet relevant, indien de ontvanger niet wist of behoefde te weten dat er was betaald.

De redactie van de bepaling behoeft er echter niet toe te leiden dat bij de beoordeling van de vraag of de ontvanger redelijkerwijs rekening had te houden met de onverschuldigde betaling, geen acht wordt geslagen op het handelen van de ontvanger. Van Schilfgaarde schreef over het verband tussen de goede trouw van het weten en de goede trouw van het handelen, met referentie aan art. 3:11 BW:

'De goede trouw van het niet weten wordt pas relevant wanneer iemand daarop een beroep doet. Maar dat beroep slaagt alleen wanneer aan enkele behoorlijkheidseisen – eisen die in het 'behoren te kennen' vervat zijn – is voldaan. Daarmee is *een beroep* op de goede trouw van het niet weten gebracht binnen het bereik van de goede trouw van het handelen.'⁷

Een rekeninghouder is toch niet alleen jegens zijn eigen bank zorg verschuldigd, maar ook jegens de overige deelnemers aan het geldverkeer, juist met het oog op wat anderen met pas en code kunnen doen, zoals het valselijk beschikken over de rekening. Terecht overwoog de rechtbank dat het onzorgvuldig was pas en code aan een ander te geven. Het had niet misstaan indien zij hieraan had toegevoegd dat het onzorgvuldig was de rekening niet te laten blokkeren.

Wie zo onzorgvuldig is, moet redelijkerwijze rekening houden met misbruik van de pas, op welke manier ook. Dat zou de uitkomst zijn, indien het aanwezig te achten kennisniveau mede wordt bepaald door iemands gedrag.

5 HET OORDEEL VAN DE MAATMAN

5.1 Art. 6:204 BW bij girale betaling

Art. 6:204 lid 1 BW strekt tot invulling van art. 6:75 BW, de toerekening van een tekortkoming. Zolang iemand geen rekening behoeft te houden met een onverschuldigde betaling, kan niet worden tegengeworpen dat hij onvoldoende

⁷ P. van Schilfgaarde, 'Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten', in: E.A.A. Luijten e.a., (red.), *Goed & Trouw, Van der Grinten-bundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 59.

zorg aan het betaalde heeft besteed. Dat is logisch voor wie een ongelakt meubelstuk koopt bij Ikea, het vervolgens verft en een maand later terugbrengt onder vernietiging van de koop, omdat het meubelstuk niet *möbelfakta* is. Maar is het ook logisch dat deze regel wordt toegepast bij girale betaling?

Volgens Hartkamp kan er bij betaling van een geldsom geen sprake zijn van onmogelijkheid van restitutie, ingetreden na ontvangst van de prestatie. Hij behandelt de terugbetaling van een geldsom dan ook buiten het kader van art. 6:204 BW.⁸ Wetssystematische argumenten ondersteunen Hartkamps stelling. Art. 6:204 lid 1 BW spreekt van teruggave van *het* goed, in aansluiting op art. 6:203 lid 1 BW, dat ziet op het zonder rechtsgrond geven van een goed, te onderscheiden van het betalen van geld en prestaties van andere aard. De Toelichting Meijers legt een uitdrukkelijk verband met art. 6:27 BW dat gaat over de zorgplicht van degene die een individueel bepaalde zaak moet afleveren.⁹ Bij betaling van een geldsom behoeft de ontvanger niet dezelfde munten en briefjes terug te geven als hij kreeg. Betaling van een zelfde bedrag volstaat (art. 6:203 lid 2 BW).¹⁰ Bij gebreke van een specifiek terug te geven goed, wringt het te werken met een plicht als zorgvuldig schuldenaar zorg te dragen voor *het* goed.¹¹

In de beschreven casus had de rechtbank de bepaling dus links moeten laten liggen ...

5.2 Toerekening aan de ontvanger

... en zich kunnen zetten aan de vraag of de tekortkoming van de ontvanger aan hem kon worden toegerekend op grond van art. 6:75 BW.¹² Trof de ontvanger persoonlijk een verwijt of komt de tekortkoming voor zijn rekening krachtens verkeersopvattingen?

De beoordeling van het persoonlijk verwijt zal in beginsel niet aan de hand van een maatman geschieden. In dit kader is een subjectieve maatstaf op zijn plaats, zodat rekening zou kunnen worden gehouden met de leeftijd, de fysieke

8 Asser-Hartkamp 4-III (2006), nr. 336.

9 TM bij art. 6.4.2.3, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 811.

10 Over de teruggave van andere 'genuszaken' zie Scheltema 1997, p. 151-153, met een pleidooi voor analoge toepassing van art. 6:203 lid 2 BW.

11 Rb. Haarlem 23 maart 2005, *LJN AT1750* overweegt weliswaar dat het artikel niet rechtstreeks toepasbaar is op de onderhavige situatie, maar acht de aan art. 6:204 lid 1 BW ten grondslag liggende gedachte van overeenkomstige toepassing. Van iemand die niet weet (en niet hoeft te weten) dat hij een bepaald goed onverschuldigd heeft ontvangen, kan gedurende de periode van onwetendheid niet worden verlangd dat hij zorgvuldig met dat goed omgaat. De rechtbank ging uit van het vermoeden dat de ontvanger de betreffende bedragen zelf had opgenomen of zijn pincode had prijsgegeven, omdat hij de rechtbank geen stukken had overgelegd die dat vermoeden hadden kunnen ontzenuwen.

12 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek* (diss. Uva 2006), Deventer: Kluwer 2006, § 4.4 en 5.4.

en geestelijke gesteldheid van de handelende persoon (zie: *De Tavernier & Van der Weide* in het kader van het onrechtmatige daadsrecht). Soms is de maatman bij toerekening echter wettelijk voorgeschreven, zoals voor het wegvervoer in art. 8:1098 BW (*Claringbould*). Bovendien zal voor het bewijs van bijvoorbeeld kennis of ervaring een beroep op een maatman van pas komen. Sieburgh noemt in dit verband het vermoeden dat de aansprakelijke partij een doorsneepersoon is,¹³ maar niets staat eraan in de weg in het kader van de bewijsvoering de heer of mevrouw Doorsnee de bijzondere eigenschappen van de persoon in kwestie toe te dichten.

De maatman duikt ook op in het onderzoek naar de verkeersopvatting ter zake. *Memelink* toont aan dat de maatman ook een rol speelt bij de invulling van niet-gedragsnormen als de toerekening op grond van verkeersopvattingen ('De maatman en de verkeersopvatting'), waarbij zij een verband legt met de functie van de verkeersopvatting en de maatman in het goederenrecht. Het oordeel van de maatman is in zo'n geval dus maatgevend.

Welke maatman had de rechter in de kwestie van de onverschuldigde betaling op het oog? Mijn patroon leerde mij dat je moest uitgaan van 's rechters 'dochter met een veel te hoge hypotheek'. In bankzaken is het een beter idee dat de rechter zich laat leiden door de geschillencommissie bankzaken, waarvan de leden zijn aangewezen door consumentenorganisaties, ondernemersorganisaties en de Minister van Justitie.¹⁴ Deze commissie is nogal streng voor de consument-rekeninghouder. Verlies van een bankpas moet onmiddellijk na vermissing of zelfs al onmiddellijk na de constatering van de mogelijkheid van vermissing worden gemeld. Banken worden geacht hierover voldoende informatie te hebben gegeven. Vertrouwen in het pincode-systeem wordt 'vermetel' genoemd, maar het ontslaat de rekeninghouder niet van zijn verplichting om verlies of diefstal terstond te melden. Prijsgeven van de pincode, ook door onachtzaamheid, is uit den boze. Het niet-melden van vermissing wordt grof nalatig geacht, juist vanwege het risico van misbruik.

Luidt het oordeel van de objectieve derde niet dat het prijsgeven van bankpas en code ongepast is en dus dat de gevolgen hiervan krachtens verkeersopvatting aan de ontvanger moeten worden toegerekend?

6 VORM OF VENT

Wie is de maatman? De *oordelende maatman* is mens van vlees en bloed, uit de praktijk geplukt om te zeggen hoe de zaken zouden moeten gaan. Men geeft zijn bankpas niet af, laat staan in combinatie met de pincode. Men houdt rekening met boeven in het geldverkeer, dus blokkeert men bij vermissing.

13 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen 2000), Deventer: Kluwer 2006, p. 167.

14 Zie: <<https://digitaal.degeschillencommissie.nl>>.

De rechter doet er goed aan bij hem te rade te gaan, ook om te ervaren dat de lat best wat hoger mag worden gelegd als iemand coke voor code kiest.

Als instrument om de kennis of het handelen van een partij te meten, is de maatman maar een vaag sujet. Voor zover de eventueel betrokken contractspartijen hiervoor de ruimte laten (*Claringbould, De Boer*) ligt zijn vorming in handen van de rechter, met – onvermijdelijk – een nogal wisselend resultaat, niet alleen omdat in de regel slechts een klein aantal kanten van zijn wording en persoonlijkheid wordt beschreven, maar ook omdat het resultaat verschilt naar gelang de tijd (zie vooral *Bezemer* en *Kerpestein*) en de omstandigheden. *Kreijger* komt tot de conclusie ‘dat veel inhoudelijke sturing of invloed op de concrete normstelling niet van dit vergelijkingstype is uitgegaan’.

Deze maatman is meer vorm dan vent. Hij is een stijlfiguur, een vorm waarin een open norm, ingevuld of niet, kan worden gegoten. Hij is het beeld van de persoon die in een bepaalde situatie de hand boven het hoofd kan worden gehouden. Wat had hij geweten en wat had hij met die kennis gedaan? Zijn kennis en vaardigheden moeten worden vastgesteld, net als wat hij met die kennis in de gegeven omstandigheden had gedaan. Vervolgens wordt de partij in kwestie de maat genomen. In wezen is hij de personificatie van de Haviltexnorm voor het contractenrecht en het Kelderluikcriterium voor het onrechtmatige daadsrecht, maar niet meer dan dat. Zover kan de rechter gaan met het uitwerken van vage normen voor in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende typen van gevallen, wat hij juist doet ten behoeve van ‘de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie’.¹⁵

Zo’n maatman leent zich niet voor de functie van rolmodel, waaraan mensen zich kunnen spiegelen als zij hun handelen moeten bepalen of als zij een conflict daarover moeten oplossen. Een vorm is nu eenmaal geen vent. Hierin ligt wellicht de verklaring voor de observatie van *Claringbould* dat er tóch wel wordt geprocedeerd, hoe hoog of laag de lat ook wordt gelegd. Onder ‘de werkbaarheid voor de praktijk’ is dan ook niet meer te verstaan dan de juridisch-technische werkbaarheid van de rechtspraktijk. Wie zich zou hard maken voor de maatman als rolmodel, zou ook te hoog grijpen, want de studies naar de effecten van regels – hun preventieve werking of bijdrage aan conflictbeheersing – stemmen de regelgever en rechtstoepasser nederig.¹⁶

Het is aan te bevelen hiermee vrede te hebben. Slechts een aantal van de honderdduizenden civiele zaken die rechtbanken jaarlijks behandelen is onder één noemer te brengen, namelijk die waarin de rechter het handelen van één type persoon tegen het licht houdt: een kapper, vogelverkoper, bestuurder, curator, huurder, advocaat, notaris, arts, bewaarnemer, vervoerder. Het is nuttig deze gevallen te vergelijken, want dat kan leiden tot nieuwe inzichten

¹⁵ HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. Du Perron.

¹⁶ Lees W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2008.

voor een volgende zaak. Maar wel in het besef dat het volgende geval er één is uit talloos veel miljoenen. Om die reden is de maatman als vorm van groter belang dan de vent.

2 | Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard

W.J. Zwalve[■]

Voor Jouke Smid (1980-2008), mijn voetbalvriend.

1 INLEIDING

Voetbal is, naar de mening van wijlen paus Johannes Paulus II, ‘het allerbelangrijkste van de onbelangrijke dingen in het leven’.¹ Ik deel die opvatting en omdat óók de onbelangrijke dingen in het leven serieus dienen te worden genomen, verdient het spel de aandacht van de jurist, zeker waar het gaat om de gevaren die voor spelers en toeschouwers aan dat spel zijn verbonden. Iedere jurist kent – uiteraard – het incident waarover de Romeinse jurist Mela als eerste heeft geschreven en dat ons door de bemiddeling van Ulpianus is overgeleverd.² Het ging om een spelletje voetbal (*follis*³) dat – naar ik mij voorstel – op een plein werd gespeeld waaromheen allerlei neringdoenden hun bedrijfjes en winkeltjes hadden.⁴ Eén ervan was een scheerbaas die zijn scheerstoel in de open lucht had gezet – zoals ook nu nog in mediterrane landen niet ongebruikelijk is – opdat zijn klanten tijdens het scheren van het voetbal konden genieten. Ongelukkigerwijs gaf één van de spelers een te harde voorzet, waardoor de bal buiten het speelveld belandde en de hand van de scheerbaas trof, juist op het moment waarop deze het scheermes aan de keel van een klant zette. De gevolgen waren verschrikkelijk, want ten gevolge van de klap doorsneed de scheerbaas de keel van zijn klant. Nu zou dat niet zo erg zijn geweest als de klant een vrij man ware geweest – want het leven van

■ W.J. Zwalve is hoogleraar rechtsgeschiedenis, Universiteit Leiden.

1 Zie *De Volkskrant* van 13 juni 1988.

2 Zie voor het navolgende D. 9,2,11 (Ulpianus).

3 Niet te verwarren met *harpastum*, een spel dat grote gelijkenissen met rugby vertoont. Er bestaat, uiteraard, een geleerde discussie over de vraag welk spel in dit geval werd gespeeld: het kan óók een vorm van hockey zijn geweest (Wacke); het kan, zo bedacht ik mij, zelfs een vorm van het kaatospel zijn geweest (dat in Italië nog tot in de twintigste eeuw veel werd gespeeld op kerkpleinen vóóordat die als publieke parkeerterreinen werden aangewezen). Het kan óók voetbal zijn geweest, want het staat vast dat dit spel in de een of andere vorm door de Romeinen werd gespeeld. Ik laat de vraag verder rusten.

4 Wij weten dat er in de openbare ruimtes in de Romeinse binnenstad balspelen werden georganiseerd: zie, bijvoorbeeld, Seneca, *Epistolae* 104,33 (‘in comitio pila lusit’).

een vrij man heeft geen prijs⁵ –, maar dat was het slachtoffer niet. De ontzielde klant was een slaaf en dus was er een eigenaar die door zijn dood schade had geleden. De vraag was nu of er iemand op grond van zaakbeschadiging kon worden aangesproken. Aan wie kon de schade worden ‘toegerekend’ (*imputare*)? Aan de balspeler, de scheerbaas, of aan de slaaf zelf? Voor aansprakelijkheid van de speler pleit het feit dat zijn handeling de *conditio sine qua non* van het incident was; voor die van de scheerbaas pleit dat hij zijn scheerstoel op een voor zijn klanten potentieel gevaarlijke plaats had neergezet en voor de uitsluiting van iedere aansprakelijkheid pleit het feit dat de klant zich vrijwillig had gewaagd in een gevaarvolle omgeving en zodoende het daaraan verbonden risico als het zijne aanvaardde. Wat nu van het geval te denken?

2 VOETBAL EN DE MAATMAN

Rechtshistorici menen te weten dat het geval van de gekeelde slaaf een standaardvoorbeeld in de klassiek-Romeinse *juridische* literatuur is geweest.⁶ Ik waag dat te betwijfelen, want ik heb de indruk dat het voorbeeld wel eens zou kunnen zijn ontleend aan de standaardgevallen die als lesmateriaal dienden in de Romeinse rhetorenscholen die in de keizertijd als paddestoelen uit de grond schoten, want het is een typisch geval aan de hand waarvan men het *in utramque partem dicere* kan oefenen. Voor alle standpunten valt wel iets te zeggen en dus kan men er, ongehinderd door enige kennis, vrolijk op los kletsen; daaraan is zelfs tot op de dag van vandaag geen einde gekomen, want er bestaat een schier onoverzienbare literatuur over het geval.⁷ Ik vestig in het onderstaande slechts de aandacht op het criterium aan de hand waarvan de Romeinse juristen de aansprakelijkheid bepaalden en vooral op de personen door wie dat criterium werd gehanteerd.

De Romeinse jurist Proculus, de leider van de juristenschool die naar hem is vernoemd, gaf als zijn mening te kennen dat de barbier aansprakelijk was.⁸ Ulpianus plaatst daarbij de navolgende nuance:⁹

‘Natuurlijk is het zo dat, als hij daar aan het scheren was, waar gewoonlijk een spel werd gespeeld, of waar druk verkeer was, dat aan hem dient te worden toegerekend’.

5 D. 9,3,1,5 (Ulpianus); het adagium ‘in homine libero nulla corporis aestimatio’ was niet van toepassing op personen die onder het gezag van een *pater familias* stonden en wel omdat de laatste door de beschadiging van zijn kinderen of kleinkinderen vermogensschade leed.

6 G. MacCormack, in *Daube Noster*, Edinburgh 1974, p. 215.

7 Zie voor een kleine greep uit de moderne literatuur: R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Kaapstad/Johannesburg 1990, p. 1007 e.v.

8 D. 9,2,11 pr.: (...) Proculus in tonsore esse culpam.

9 D. 9,2,11 pr. et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur.

Het criterium aan de hand waarvan de aansprakelijkheid werd vastgesteld was voor beiden hetzelfde: *culpa*, schuld, want een handeling is slechts 'onrechtmatig' (*iniuria*) indien zij aan de schuld van de handelende persoon kan worden toegeschreven.¹⁰

'Als onrechtmatig beschouwen wij hier (...) wat niet rechtens, dat wil zeggen in strijd met het recht, is gedaan, dat wil zeggen als iemand *door zijn schuld (culpa)* heeft gedood'.

De vraag rijst dan naar welke maatstaf die schuld moet worden gemeten en het is bij de vaststelling dáárvan dat de 'maatman' het strijdperk betreedt. Van 'schuld' is sprake, zo definieerde één van de grondleggers van de Romeinse rechtswetenschap, Quintus Mucius Scaevola,¹¹

'als iets wat door een zorgvuldig mens had kunnen worden voorzien, niet is voorzien'.

Dat criterium is hetzelfde als de 'zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt' van het huidige Nederlandse recht en de *duty of care* van het Engelse. Men vergelijkte, voor wat het laatste betreft, Mucius' definitie met die van Baron Alderson:¹²

'negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do'.

Bij de toepassing van die test werd niet alleen de maat van de barbier genomen, maar óók die van de toeschouwer, de klant, die welbewust plaats had genomen op een stoel die op een potentieel gevaarlijke plek was neergezet, want, schrijft Ulpianus,¹³

'als hij zich heeft toevertrouwd aan een scheerbaas die een stoel op een gevaarlijke plaats heeft, moet hij daarvan zelf de gevolgen dragen'.

Er is in zo'n geval sprake van wat wij 'risicoaanvaarding' zouden noemen en het Romeinse recht (dat geen leerstuk van *contributory negligence* kende) verbond daaraan de conclusie dat het slachtoffer de gevolgen ervan aan

10 D. 9,2,5,1 (Ulpianus): *Iniuriam autem hic accipere nos oportet (...) quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit.*

11 Paulus, *libro decimo ad Sabinum*: *Mucius dixit (...) culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum.*

12 *Blyth v. Birmingham Waterworks* (1856) 11 Ex. 781 op p. 784; 156 E(nglish)R(eports) 1047 (1049).

13 D. 9,2,11 pr.: *si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.*

zichzelf had te wijten. Een dergelijke vaststelling roept natuurlijk de vraag op of de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer in acht dient te worden genomen niet met zich meebrengt dat de barbier zijn klant moet waarschuwen voor het gevaar waaraan die zich bloot stelt. Deze vraag is des te prangender in een samenleving als de Romeinse, omdat de scheerbaas – soms – kon weten¹⁴ dat hij andermans zaak onder zijn handen had en dat op hem dientengevolge een zorgplicht rustte jegens de eigenaar die onafhankelijk is van de risicoaanvaarding door diens slaaf.¹⁵

De waarschuwingsplicht voor dreigend gevaar staat zelfs in het Romeinse recht in onmiddellijk verband met de zorgvuldigheidsnorm, want Mucius' overbekende definitie van *culpa* wordt geciteerd in een geval waarin een landarbeider bezig is takken van een boom te zagen die hij uit de boom op de grond laat vallen: als hij dat doet op een terrein waarop een verstandig mens kan voorzien dat zich er passanten kunnen bevinden, dan dient hij luid te roepen alvorens de takken te laten vallen (*proclamare*).¹⁶

Een waarschuwingsplicht is niet aanwezig als iemand zich willens en wetens bevindt op een terrein waar gevaarlijke sporten, zoals bijvoorbeeld het speerwerpen, plegen te worden beoefend. Het moge dan zo zijn dat 'ook een sport waardoor schade kan ontstaan aansprakelijkheid met zich meebrengt',¹⁷ maar iemand die zich op het verkeerde moment (*intempestive*) willens en wetens bevindt op een terrein waar dergelijke sporten plegen te worden beoefend, mag zich er niet over beklagen dat hij letsel heeft geleden doordat hem een projectiel heeft getroffen dat bij die sporten wordt gebruikt, zoals een speer, of een voetbal.¹⁸ Een en ander sluit, althans naar mijn gevoel (voor wat het waard is), de aansprakelijkheid van de voetballer in de casus van de barbier uit als het incident zich heeft afgespeeld nabij een plaats waar dat spel als regel wordt beoefend, of als is aangekondigd dat het zich daar zal afspelen;

14 Een slaaf was in Rome niet duidelijk als zodanig herkenbaar; daartoe hebben weliswaar plannen bestaan, maar men zag er van af omdat slaven daardoor bewust konden geraken van hun grote aantal. Het was slaven echter verboden een toga te dragen en minderjarige slaven mochten niet, zoals minderjarige burgers, een 'bullae' dragen.

15 Ik teken hierbij aan dat óók op de slaaf ten aanzien van zichzelf een zorgplicht jegens zijn meester rustte: wanneer hij zich nodeloos in gevaar bracht, bracht hij daardoor de eigendommen van zijn meester in gevaar. Dit lijken bizarre gedachten, maar ze zijn typisch Romeins: zo werd, bijvoorbeeld, een voortvluchtige slaaf als een dief (van zichzelf) beschouwd.

16 Zie hiervoor D. 9,2,31.

17 D. 9,2,10 (Paulus): *Nam lusus quoque noxius in culpa est.*

18 Zie hiervoor D. 9,2,9,4, waarbij wordt aangetekend dat het natuurlijk anders is, als één van de spelers opzettelijk heeft geprobeerd de passant te raken.

tijdens het spel met kracht geschoten ballen plegen nu eenmaal soms het speelveld te verlaten.¹⁹

De Accursische glosse neemt haast als vanzelfsprekend aan dat niet de barbier, maar de onfortuinlijke speler aansprakelijk is. 'Ik antwoord dat degene die de bal heeft getrapt aansprakelijk is, tenzij de scheerbaas de schuld heeft', zo luidt het in de 'casus' van de dertiende-eeuwse geleerde Vivianus.²⁰ De glosse besteedt overigens betrekkelijk weinig aandacht aan de toerekeningsproblematiek die latere generaties zo heeft gefascineerd; hetzelfde geldt voor de middeleeuwse commentatoren. De belangrijke veertiende-eeuwse praktijkjurist Albericus de Rosate (†1360) volstaat met één regel, waarin hij aangeeft dat er drie mogelijkheden zijn, al naar gelang het antwoord op de vraag wie de schuld treft: de balspeler, de barbier, of de klant zelf.²¹ De invloedrijkste van alle middeleeuwse commentatoren, Bartolus de Saxoferrato (1313-1357), besteedt er zelfs in het geheel géén aandacht aan. Bartolus', eveneens zeer invloedrijke, leerling Baldus is nog korter dan Albericus: 'men merke op dat iemand zijn beroep niet op een willekeurige, maar op een passende plaats moet uitoefenen', is alles wat hij er over te zeggen heeft.²² Het viel mij bovendien op dat Bartolus' commentaar op de *lex Aquilia*, het favoriete onderwerp van huidige rechtshistorici,²³ uiterst summier is. Bij nader inzien blijkt dat ook voor andere commentatoren te gelden. Zo wordt de titel over de *lex Aquilia* zelfs overgeslagen in één van de laatste grote samenvattingen van de middeleeuwse geleerde traditie, het Digestencommentaar van Paulus de Castro (†1437).²⁴ Een en ander gaf mij te denken.

Afwegingen zoals in het voorgaande zijn gemaakt, hebben – zo moet een jurist zijn opgevallen – eigenlijk nauwelijks juridische betekenis. Immers: waar het in *juridische* zin om gaat, is dat, *als* iemand zich in strijd met de zorgvuldigheidsnorm heeft gedragen (een feitelijke vaststelling), zijn aansprakelijkheid voor de dientengevolge ontstane schade vast staat. De *juridische* slag was in het Romeinse recht gestreden op het moment waarop was vastgesteld dat voor de aansprakelijkheid op grond van de *lex Aquilia* (en de daarvan afgeleide schadegevallen) was vereist dat de gedaagde *culpoos* had gehandeld; dat was

19 Ik herinner aan het onder Feyenoord-aanhangers legendarisch geworden incident in de wedstrijd Sparta-Feyenoord van 15 november 1970 (1-1), waarbij doelman Eddie ('De Meeuw') Treijtel een bal zó hard het veld in schopte dat een overvliegende meeuw, dodelijk getroffen, op het veld neerstortte. De meeuw is opgezet, maar de bal zelf, zo wil het de legende, heeft inmiddels de aantrekkingskracht van de aarde ver achter zich gelaten.

20 Gl. 'Item Mela' op D. 9,2,11 pr.

21 Albericus, *In primam Digesti Veteris partem Commentarii*, ed. Venetië 1585, ad D. 9,2,11 pr. (fol. 367 verso): Committens culpam in ludo, vel mala electione stationis hac actione tenetur et imputatur ei, qui scienter se in periculo posuit.

22 Baldus, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, ed. Venetië 1587, ad D. 9,2,11 pr. (fol. 333 verso): Nota quod quis non debet facere artem suam in quolibet loco, sed in loco competenti.

23 Zie, bijvoorbeeld, recentelijk nog C.J.H. Jansen, 'De lex Aquilia en de moderne onrechtmatige daad', in *Ars Aequi* 2006, p. 91 e.v.

24 Hetzelfde deed al Jacobus Butrigarius (†1348) in zijn Digestencommentaar.

– aanvankelijk – geenszins vanzelfsprekend, maar het was onomstreden sinds het element *culpa* werd gezien als een constitutief bestanddeel van het begrip *iniuria*. Het antwoord op de *feitelijke* vraag of daarvan inderdaad sprake was, was vervolgens aan de ‘maatman’, een leek. Deze vaststelling behoeft enige nadere toelichting.

3 DE MAATMAN NEEMT DE MAAT

Het klassieke Romeinse burgerlijke procesrecht liet het oordeel in civiele zaken over aan een leek, de *iudex privatus*. De Romeinen hechtten aan de regel dat, zowel in civiele als in strafrechtelijke zaken, het vonnis over een vrij burger slechts kon worden uitgesproken door één van zijn gelijken. Een procedure werd weliswaar geopend ten overstaan van een magistraat, de *praetor*, die – bijgestaan door een rechtsgeleerd *consilium* – rechtsingang verleende en de rechtsgrond vastlegde op basis waarvan werd geprocedeerd, maar het wijzen van het vonnis was overgelaten aan een leek die op basis van de in een akte (*formula*) neergelegde instructie van de *praetor* uitspraak deed. Men moet enigszins vertrouwd zijn met de Romeinse samenleving om zich een beeld te kunnen scheppen van de wijze waarop zich een procedure voor zo’n lekenrechter afspeelde. De *iudex privatus* was geen éénmans-jury, die zich slechts een oordeel hoefde te vormen over de feiten: hij diende óók het recht toe te passen. Dat kon zijn taak in erfrechtelijke, huwelijksgoederenrechtelijke en zakenrechtelijke procedures tamelijk gecompliceerd maken, reden waarom hij zich – zoals Romeinen altijd plachten te doen als zij belangrijke beslissingen moesten nemen – daarin als regel liet adviseren door een raad (*consilium*) van rechtsgeleerde adviseurs. In aansprakelijkheidszaken op grond van de *lex Aquilia* was zijn taak eenvoudiger. Het *recht* was duidelijk; aan hem was daarom nog slechts de taak om als ‘maatman’ te figureren. In dit soort zaken was hij, met andere woorden, inderdaad een éénmans-jury: hij behoefde slechts de *feitelijke* vraag te beantwoorden of er, gelet op alle bijzondere omstandigheden van het geval, sprake was van de schending van een zorgplicht die in het maatschappelijk verkeer, waarvan hijzelf onderdeel uitmaakte, betamelijk was. Voor de beantwoording van een dergelijke vraag behoeft men, om kort te gaan, geen jurist te zijn. Nu schuilt er, het zij toegegeven, in letterlijke zin iets willekeurigs in de vaststelling van één maatman dat iemand in strijd heeft gehandeld met de zorgplicht die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, want – zo kan men zich afvragen – hoe *weet* hij dat?

Eén van de weinigen die de zojuist gestelde vraag expliciet aan de orde heeft gesteld, is de Duitse pandektist J.C. Hasse, die een belangrijke studie over het begrip *culpa* in het Romeinse recht heeft geschreven, waarin hij dat begrip definieert als de ‘toerekenbare tekortkoming’. Hij beantwoordt de vraag op de navolgende wijze: ‘wenn er die Sorgfalt anwandte, welche gewöhnlich menschlichen Kräften gemäß

ist'.²⁵ Vergelijkbare definities komt men ook elders tegen, zo bijvoorbeeld bij Windscheid: '(d)er Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob ein Benehmen den Vorwurf der Nachlässigkeit verdient oder nicht, ist der eines ordentlichen Mannes'.²⁶ Dergelijke definities verplaatsen de vraag natuurlijk naar de 'maatman', *der ordentliche Mann*, zelf: hoe kan men hem en zijn opvattingen leren kennen?

Er is, naar de huidige verhoudingen gemeten, maar één manier waarop een vraag als deze op een enigszins bevredigende wijze kan worden beantwoord: zij bestaat uit een gedegen sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar hetgeen 'men', gegeven de bijzondere omstandigheden van het geval, als zorgvuldig gedrag beschouwt. Vindt 'men' bijvoorbeeld dat op de scheerbaas, gelet op de persoonlijke kwaliteiten van het slachtoffer (de slaaf was zwakbegaafd), een waarschuwingsplicht rust, of niet, bijvoorbeeld omdat, gelet op de plaats waar de scheerstoel was opgesteld, een incident als dat wat zich daadwerkelijk heeft voltrokken, uiterst onwaarschijnlijk is? Deze mogelijkheid viel naar Romeinse verhoudingen af: de wetenschap der samenlevingskunde was de Romeinen onbekend. Niet omdat zij daar principieel afwijzend tegenover stonden, maar omdat de Romeinse samenleving een standensamenleving was, hetgeen met zich meebracht dat van een louter getalsmatig bepaald oordeel over de feitelijke toepassing van de zorgvuldigheidsnorm geen overtuigingskracht uit kon gaan.²⁷ Het eigen oordeel van de *iudex* was (en is) principieel ontoereikend, want hij moest (en moet) zich niet dáárnaar richten, maar naar dat van de 'gewone man' en de *iudex* was (en is) niet zelden een ongewone of zelfs buitengewone man. Hij kon derhalve niet anders doen dan de vraag voorleggen aan zijn *consilium*, de raad van adviseurs waarvan een Romeinse *iudex* zich als regel bediende.

Kaser²⁸ was van oordeel dat een *iudex* zich van een *consilium* bediende omdat hij een leek was en dus een raad van rechtskundig onderlegde adviseurs nodig had teneinde tot een juridische onderbouwd oordeel te kunnen komen. Dat is een miskennis van de 'consiliaire' aard van de Romeinse samenleving. Zo weten wij bijvoorbeeld zeker dat ook echte rechtsgeleerden (*iuris periti*), als zij toevallig geroepen waren als *iudex* op te treden, zich eveneens van een *consilium* bedien-

25 J.C. Hasse, *Die Culpa des römischen Rechts*, 2e dr. (bezorgd door A. Bethmann-Hollweg), Bonn 1838, p. 69.

26 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I § 101.

27 Ik herinner er aan dat onder de Romeinse Republiek in de volksvergadering waarin werd gestemd over de bezetting van de jaarlijks wisselende magistraturen (de *comitia centuriata*) naar censusgroepen werd gestemd, waarbij er op werd toegezien dat de stem van de hogere census-groepen zwaarder woog en eerder werd uitgebracht dan die van de lagere.

28 *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 273-274.

den.²⁹ Zoiets werd als vanzelfsprekend verwacht van iemand die een belangrijke beslissing had te nemen, zoals het vellen van een oordeel in een civiele zaak.³⁰

Het *consilium* van de rechter stelde dus, zo neem ik aan, in een Romeinse procedure feitelijk vast wat van een ‘gewone’ man, een *diligens pater familias*, in de gegeven omstandigheden (en met inachtneming van de persoonlijke staat van de gedaagde) kon worden verwacht; het stelde, met andere woorden vast, wat een ‘gewone’ man (van dezelfde stand) gewoonlijk in vergelijkbare omstandigheden deed of niet deed. Het stelde, nog weer anders gezegd, vast wat het gebruik voorschreef. Aldus beschouwd, stelt het *consilium* vast wat de gewoonte is, een vaststelling die traditioneel – ook nu nog – als van feitelijke aard wordt beschouwd, hetgeen het relatieve gebrek aan belangstelling van de middeleeuwse juristen verklaart. Deze beschouwingswijze ligt ook ten grondslag aan het optreden van de ‘maatman’, *the man on the Clapham omnibus*, in de Engelse *common law*.

4 DE MAATMAN IN DE COMMON LAW

De geschiedenis van het Anglo-Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht is voor een groot deel onbegrijpelijk als men zich daarbij niet voortdurend voor ogen houdt welk een belangrijke rol juries daarin traditioneel hebben gespeeld en voor een deel – in de VS – nog steeds spelen. Dat geldt óók voor de *tort of negligence*. Iedere jurist kent natuurlijk – zelfs in ons land – de zaak van jufvrouw M’Alister (*Donoghue v. Stevenson*).³¹ Daaraan is echter een geschiedenis voorafgegaan die minder bekend is. Centraal daarin staat de zaak *Vaughan v. Menlove*.³² Het ging daarin om het navolgende.

Vaughan was eigenaar van een aantal *cottages* die hij aan verschillende personen had verhuurd. De gedaagde, Menlove, was eigenaar van een stuk grond dat grensde aan die *cottages*. Menlove had op zijn eigen grond, maar in de onmiddellijke nabijheid van de *cottages* van Vaughan, een hooimijt neergezet. Hem was bij herhaling te verstaan gegeven dat die hooimijt een potentieel gevaar opleverde voor de onmiddellijk aanpalende *cottages*, want als die in brand zou raken, dreigde

29 Zie bijvoorbeeld niemand minder dan Gaius Aquilius Gallus, die zich in de zaak van Publius Quinctius tegen Sextus Naevius, een gewone civiele zaak, van een ‘consilium’ bediende (Cicero, *Pro Quinctio* 30.91). Vgl. ook Valerius Maximus 8,2,2 (over een andere zaak waarin dezelfde Aquilius Gallus als ‘iudex’ optrad): C. Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris ciuilibus excellens iudex adductus *adhibitis in consilium principibus civitatis* (cusivering toegevoegd).

30 Sporen van die specifiek Romeinse ‘consiliaire’ cultuur zijn nog steeds terug te vinden in Romaanse landen: men denke aan de rol van de ‘familieraad’ (*conseil de famille, consiglio di famiglia*) in het Franse en Italiaanse recht.

31 [1932] AC 562.

32 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468; 132 ER 490.

het vuur over te slaan op de *cottages* en hem was daarom ook bij herhaling verzocht de hooimijt elders, buiten gevaar voor de *cottages*, neer te zetten. Menlove weigerde dit en toen de hooimijt inderdaad in de brand vloog, sloeg die over naar de *cottages* van Vaughan die tot de grond toe afbrandden. Vaughan vorderde schadevergoeding van Menlove.

In een procedure als deze staat de vraag centraal of de schade van Vaughan aan Menlove kan worden toegerekend en voor die toerekening is beslissend of de gedaagde *negligently* heeft gehandeld of niet. Dáároveň nu besliste tot voor kort *niet* de rechter, maar de jury en wel omdat het om een puur feitelijke vraag gaat. In eerste aanleg had rechter Patteson de jury in de navolgende bewoordingen geïnstrueerd:³³

‘the question for them to consider, was, whether the fire had been occasioned by gross negligence on the part of the Defendant; adding, that he was bound to proceed with such reasonable caution as a prudent man would have exercised under such circumstances’.

De jury oordeelde daarop dat de schade van Vaughan aan Menlove kon worden toegerekend omdat die te wijten was aan diens *negligence*. Menlove eiste daarop een *retrial*, omdat de jury verkeerd zou zijn geïnstrueerd. Die had zich, naar zijn oordeel, niet moeten laten leiden door wat ‘een verstandig mens’ in de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan of nagelaten, maar uitsluitend en alleen door wat in de gegeven omstandigheden *van de gedaagde* mocht worden verwacht.³⁴

‘what would have been gross negligence ought to be estimated by the faculties of the individual, and not by those of other men. The measure of prudence varies so with the varying faculties of men, that it is impossible to say what is gross negligence with reference to the standard of what is called ordinary prudence’.

De *Court of Common Pleas* wees het verzoek van Menlove af in een unaniem oordeel dat sindsdien de norm heeft gesteld; de ‘maatman’ werd dáárdóór pas in het Engelse aansprakelijkheidsrecht geïntroduceerd: ‘(t)he care taken by a prudent man has always been the rule laid down; and as to the supposed difficulty, a jury has always been able to say, whether, taking that rule as their guide, there has been negligence on the occasion in question’.³⁵

Teneinde het destijds in Engeland gevoerde debat in een voor de Nederlandse lezer enigszins begrijpelijk perspectief te plaatsen, wijs ik op het probleem van de ‘goede trouw’ bij de verkrijgende verjaring (art. 3:99 BW) en de verkrijging van een roeren-

33 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468, op p. 471; 132 ER 490 (492) (cursivering toegevoegd).

34 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468, op p. 472; 132 ER 490 (492).

35 (1837) 3 Bing. (N.C.) 468, op p. 475; 132 ER 490 (493), bij monde van Chief Justice Tindal.

de zaak waarover door een onbevoegde wordt beschikt (3:86 BW). Hoe dient men die ‘goede trouw’ te begrijpen: in puur subjectieve zin, of in een meer geobjectieeerde zin als de dwaling waarin, in de gegeven omstandigheden, ieder verstandig mens zou zijn komen te verkeren? Daarover werd ten onzent nog tot in de jaren vijftig van de vorige eeuw getwist; de vraag werd in laatstgenoemde zin beslist door het arrest van de Hoge Raad d.d. 9 november 1951,³⁶ een beslissing die ten grondslag ligt aan de bepaling van art. 3:11 BW.³⁷ Het Engelse recht is, in de – betrekkelijk uitzonderlijke – gevallen waarin het een beroep op goede trouw als rechtvaardiging voor rechtsverkrijging toelaat, genuanceerder: de *doctrine of constructive notice*, zoals de geobjectieeerde goede trouw wordt aangeduid, is *niet* van toepassing in zuiver commerciële transacties.³⁸ Van de zijde van de raadslieden van Menlove werd dan ook op hierop gewezen.

Zo zien wij dat de vaststelling van hetgeen in een bepaalde feitelijke context van een gewone man mag worden verwacht als een puur feitelijke vaststelling door de *common law* als vanzelfsprekend aan gewone mannen werd overgelaten: de leden van de jury.³⁹ Het oordeel van een jury, die dus in wezen optreedt als een ‘turbe’, is het best mogelijke alternatief voor het sociaal-wetenschappelijke onderzoek dat geen praktisch instrument, want te tijdrovend en te duur, is. Deze laatste constatering is niet zonder belang, want de reden waarom in de VS dikwijls door procespartijen in een civiele procedure vrijwillig wordt afgezien van het gebruik van een jury⁴⁰ is nu juist gelegen in het feit dat de inzet ervan als te tijdrovend en te duur wordt gezien.⁴¹ In verband hiermee rijst de vraag, op welke wijze, nadat in Engeland de inzet van een jury in civiele zaken praktisch is afgeschaft door de *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* van 1933,⁴² de *rechter* als ‘maatman’ optreedt.

36 NJ 1952, 558 (*Wijngaard/De Haan*).

37 Zie *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, p. 105, noot 1.

38 Zie daarvoor Uniken Venema-Zwalve, *Common Law & Civil Law*, tweede druk, ‘s Gravenhage 2008, p. 300-301.

39 De jury representeert zelfs officieel de stem van de gewone man, want vanouds staat ‘*trial by jury*’ bekend als de procedure *per patriam*, ‘*by the country*’.

40 Het gebruik van een jury in civiele zaken is in de VS, anders dan in Engeland, grondwettelijk gegarandeerd in het beroemde zevende amendement op de *Constitution*. Men kan echter van dat recht afstand doen.

41 Ik wijs op de niet zelden tijdrovende *voir dire*-procedures in de VS, waarin, voorafgaande aan het eigenlijke proces, de afzonderlijke geschiktheid van de leden van een jury aan een onderzoek wordt onderworpen.

42 De materie is nu geregeld door de *Juries Act* 1974. In theorie bestaat de mogelijkheid dat in bepaalde onrechtmatige daadsacties (*fraud*, *libel*, *slander* en *malicious prosecution*) nog een jury kan worden ingezet, maar, stelt Halsbury, ‘in practice jury trial in civil proceedings is now unusual’ (*Laws of England* (4th ed., Reissue 1999) s.v. ‘Juries’ no. 419).

5 DE RECHTER ALS MAATMAN

Sinds de test van de *'reasonable man'* niet meer geschiedt door *reasonable men (and women)*⁴³, maar door een – niet zelden alléén sprekende – rechter, is de aard van het Engelse aansprakelijkheidsrecht veranderd, omdat daardoor de scheiding tussen feitelijke vaststellingen en rechtsoverwegingen is vervaagd, of althans dreigt te vervagen.⁴⁴ Die scheiding is in een stelsel van precedentenrecht, zoals de *common law*, van het grootste belang, omdat slechts de *rechtsoverweging* die is gebaseerd op de in rechte vastgestelde feiten en die onmiddellijk aan een uitspraak ten grondslag ligt als bindend precedent geldt en *niet* de daarin voorkomende feitelijke vaststellingen. Als men nu in aanmerking neemt dat een rechter, *anders* dan een jury, óók zijn feitelijke vaststellingen motiveert,⁴⁵ dan beseft men dat het soms uiterst moeilijk wordt de grens tussen beide te trekken. De zaak *Qualcast v. Haynes*⁴⁶ is een goed voorbeeld van de daaruit voortvloeiende misverstanden.

Het ging in deze zaak om een ervaren werknemer in een ijzergieterij die een verwonding aan zijn voet had opgelopen omdat hij geen veiligheidsschoeisel droeg. Dat was voorradig in het bedrijf en werd ook op verzoek aan het personeel verstrekt, maar de werknemer was er, omdat hij een ervaren werknemer en daarom op de hoogte van de potentiële gevaren was, niet (meer) op gewezen dat hij er goed aan deed dergelijk schoeisel te dragen. De rechter in eerste aanleg vond zelf dat de werkgever in dit geval zijn *duty of care* niet had geschonden, maar hij achtte zich gebonden aan een aantal uitspraken waarin de *courts* hadden beslist dat er sprake was van *negligence* als een werkgever zijn werknemer niet uitdrukkelijk had gewezen op de gevaren die waren verbonden aan het niet dragen of gebruiken van bepaalde veiligheidsvoorzieningen.

Alle *Law Lords* wijzen er in deze zaak op dat de vaststelling dat iemand een *duty of care* jegens een ander heeft een *'matter of law'* is, maar dat het antwoord op de vraag of die *duty of care* inderdaad (feitelijk) is geschonden – of er, met andere woorden, sprake is van *negligence* – een *feitelijke* vaststelling is waarvan geen enkele precedentwerking uitgaat: de rechter in eerste aanleg had zich daarom niet gebonden hoeven te achten aan de uitspraken die hem als (voor hem) bindend waren voorgehouden. Er wordt daarbij met enige nadruk voor gewaarschuwd dat

43 Vrouwen kunnen in Engeland sinds 1919 zitting nemen in een jury.

44 Zo ook Lord Somervell in *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 757: 'Now that negligence cases are mostly tried without juries, the distinction between the functions of judge and jury is blurred'.

45 Lord Somervell in *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 758: 'A judge naturally gives reasons for the conclusion formerly arrived at by a jury without reasons'.

46 [1959] A.C. 743.

'(t)here is a danger, particularly in these days when few cases are tried with juries, of exalting to the status of propositions of law what really are particular applications to special facts of propositions of ordinary good sense'.⁴⁷

Ik moge een en ander nader verduidelijken aan de hand van het navolgende geval, een moderne variant van de Romeinse voetbalzaak.

In *Hall v. Brooklands Racing Club*⁴⁸ ging het om een noodlottig ongeval dat plaatsvond tijdens een racewedstrijd op het circuit van de Brooklands Racing Club. Ten gevolge van een aanrijding op het circuit, raakte één van de racewagens onbestuurbaar, vloog van de baan en belandde in het publiek. Het ongeval gebeurde op het rechte einde van het circuit. Het was daar door een cementen wand en bovendien nog door een door een hek afgesloten strip gras van ongeveer anderhalve meter van het publiek gescheiden. In de meer dan twintig jaar waarin het circuit in exploitatie was geweest, was er nog nooit eerder een dergelijk ongeluk gebeurd. Er vielen twee dodelijke slachtoffers en verschillende zwaar tot licht gewonden te betreuren.

In een zaak als deze zijn twee vragen aan de orde: één van juridische en één van feitelijke aard. De eerste betreft de vraag wat de omvang is van de *duty of care* die de gedaagde, de Brooklands Racing Club, jegens zijn betalende publiek heeft; de tweede betreft de vraag of de Racing Club die *duty of care* heeft geschonden, of er, met andere woorden, sprake is geweest van *negligence*. De zaak diende in 1932 en is waarschijnlijk één van de laatste van zijn soort die nog werd afgedaan met een jury.

De zorgplicht van de organisator van de race jegens zijn publiek gaat in een zaak als deze verder dan in een op onrechtmatige daad gebaseerde rechtsvordering en wel omdat de aansprakelijkheid van de organisator is gebaseerd op overeenkomst: daardoor wordt de lat hoger gelegd.⁴⁹ De zaak heeft in de *Court of Appeal* aanleiding gegeven tot interessante bespiegelingen over de risico's die de bezoekers van sportevenementen – uiteenlopende van voetbalmatches, cricketwedstrijden, golf- en polowedstrijden tot autoraces – lopen en waartegen de organisatoren ervan wel en niet moeten waken. In het laatste geval gaat het om risico's die de toeschouwers welbewust, als inherent aan het spel, accepteren.⁵⁰ Men komt dan, een en ander tegen elkander afwegend,

47 *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 759, bij monde van Lord Denning, die hier met instemming Lord Justice du Parc citeert.

48 (1933) 1 KB 205.

49 De juridische vraag verschuift dan van de vaststelling van een *duty of care* (de *tort of negligence*) naar die van de *implied terms* van het contract tussen de organisator en zijn publiek. Ook hiervoor geldt dat de vaststelling dáárvan een zaak is van de rechter, *niet* van de jury.

50 Er wordt daarbij (ten onrechte, naar mijn gevoelen) geen aandacht besteed aan de risico's die zijn verbonden aan ongevallen waarop het publiek (dat nog steeds, evenals het Romeinse, bloed wil zien) bij dit soort gelegenheden zit te wachten.

tot het inzicht dat de organisator is gehouden om het circuit voor de toeschouwers zo veilig te maken als redelijkerwijze mogelijk is. Vervolgens rijst de *feitelijke* vraag of de organisator die plicht heeft geschonden. Rechter McCardie legde daartoe de jury de volgende vraag voor:

‘Did the defendant Company omit any and what reasonable precaution for the safety of the spectators?’

De jury beantwoordde die vraag bevestigend en lichtte dit antwoord als volgt toe:⁵¹

‘Failure to exhibit warning notices generally. Failure to increase height of barrier or number of barriers in view of the increased speed of cars. Failure to keep spectators at a safe distance from the track. Failure to realize that the position of the accident was the fastest part of the course and that special precaution was necessary’.

Tegen dit oordeel van de jury kwam de organisator in beroep bij de *Court of Appeal* en wel met het betoog dat er geen bewijs zou zijn dat het oordeel van de jury ondersteunde. De *Court of Appeal* deelde dat gevoelen. Lord Justice Slesser wijst in zijn *opinion* op de verschillen in maatstaf tussen de contractuele en de delictuele *duty of care*:⁵²

‘The contrast is as follows: As regards cases like the present, where the action is founded in contract, I think that it is the duty of the inviters to (...) take reasonable care that the public may use the premises without danger to their lives or property (...). In the case of tortious liability, the obligation is (...) to use reasonable care to prevent damage from unusual danger, which he knows or ought to know’.

Teneinde te kunnen vaststellen of de eerstgenoemde *duty of care* is geschonden roept Lord Justice Greer de legendarische *man on the Clapham omnibus*⁵³ te hulp:⁵⁴

‘such a man taking a ticket to see motor races would know quite well that no barrier would be provided which would be sufficient to protect him in the possible but highly improbable event of a car charging the barrier and getting through to

51 (1933) 1 KB 205 op p. 206. De rechter legde de jury nog een tweede vraag van praktisch dezelfde strekking voor die op praktisch dezelfde wijze werd beantwoord. Daarbij werden terecht door de *Court of Appeal* vraagtekens geplaatst; ik laat haar daarom verder rusten.

52 *Hall v. Brooklands Racing Club* (1933) 1 KB 205 op p. 228.

53 De verwijzing naar de *man on the Clapham omnibus* als de spreekwoordelijke *reasonable man* lijkt, volgens een uitspraak van de president van de *Court of Appeal* Collins in *McQuire v. Western Morning News* [1903] 2 KB 100 op p. 109, waar hij voor het eerst in de *reports* opduikt, afkomstig te zijn van Lord Bowen (1835-1894).

54 *Hall v. Brooklands Racing Club* (1933) 1 KB 205 op p. 224.

the spectators. The risk of such an event would be so remote that he would quite understand that no provision would be made to prevent it happening, and that he would take the risk of any such accident’.

Uiteraard getuigen de vaststellingen van de *man on the Clapham omnibus* van zijn spreekwoordelijke *common sense*, maar bindend zijn zij *niet*, zelfs niet als een rechter zich tot zijn spreekbuis maakt. Ik kan mij niet geheel aan de indruk onttrekken (ik druk mij voorzichtig uit) dat dit gegeven nogal eens uit het oog wordt verloren. Voor de gevaren die dreigen wanneer dat inderdaad gebeurt is in Engeland van bevoegde zijde met klem gewaarschuwd:⁵⁵

‘if the reasons given by a judge for arriving at the conclusion formerly reached by a jury are to be treated as ‘law’ and citable, the precedent system will die from a surfeit of authorities’.

6 DE MAATMAN OP LIJN 17

Lijn 17 van de HTM verbindt het Haagse centraalstation met het Voorhout. Een raadshere in de Hoge Raad, tegenwoordig niet zelden buiten Den Haag woonachtig, heeft, als hij van die verbinding gebruik maakt, daarin de gelegenheid het Nederlandse equivalent van de *man on the Clapham omnibus* te ontmoeten. Die incidentele ontmoetingen maken – kennelijk – op de raadsheren enige indruk, want de Hoge Raad maakt zich soms tot de spreekbuis van ‘de man op lijn 17’. Dat is, in aanmerking genomen de aard van ons stelsel van cassatie, eigenlijk vreemd: een college dat tot taak heeft zich met gezag uit te laten over rechtsvragen, zou zich van feitelijke oordelen dienen te onthouden, zeker wanneer die oordelen – zoals met de *Nederlandse* man in de straat niet zelden het geval is – op zijn zachtst gezegd aan het ongerijmde grenzen. Zo kwam ik in HR 9 juli 2004⁵⁶ de navolgende gaffe tegen, te weten de stelling dat ‘de ervaringsregel voor ogen [dient] te worden gehouden dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie leidt tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid’. Men komt deze ‘ervaringsregel’ ook al eerder in de rechtspraak van de Hoge Raad tegen⁵⁷ en een enkele keer wordt daarbij zelfs gesproken van ‘vaste *rechtspraak*’, alsof het hierbij gaat om de vaststelling van een *rechtsregel*.⁵⁸ Men vraagt zich af hoe de raadsheren aan die – in mijn ogen tamelijk absurde – ‘wetenschap’

55 *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743 op p. 758, bij monde van Lord Somervell. Zie ook Lord Denning in dezelfde zaak op p. 761: ‘let not the same thing happen to the common law, lest we be crushed under the weight of our own reports’.

56 NJ 2005, 260.

57 Zie bijvoorbeeld HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 en HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663.

58 Zie, bijvoorbeeld, de A-G Spier in noot 43 van zijn conclusie bij HR 7 december 2007, NJ 2007, 643.

komen. Zij leidt, tot haar consequenties doordacht, tot de vreemde stelling dat de mate van iemands betrouwbaarheid in het arbeidsproces omgekeerd evenredig is aan zijn ervaring,⁵⁹ een stelling waarvan ik met enige zekerheid meen te weten dat 'de man op lijn 17' haar niet tot de zijne zou willen maken.

Het is eigen aan feitelijke oordelen over de vraag of iemand in zijn zorgplicht tekort is geschoten dat die niet alleen zeer nauw samenhangen met alle bijzondere omstandigheden van het incidentele geval (en zich dus niet of nauwelijks voor extrapolatie lenen), maar bovendien dat zij zeer tijd- en plaatsgebonden zijn, reden temeer om er geen enkele precedentwerking aan te verbinden. Zo wordt de zojuist gememoreerde 'ervaringsregel' van de Hoge Raad uitdrukkelijk *niet* gedeeld door Engelse rechters die de diametraal daartegenover staande regel hanteren, inhoudende dat het eigen risico van de werknemer toeneemt naarmate zijn ervaring groter wordt. De hierboven besproken *Qualcast*-zaak vormt daarvan een fraaie illustratie. De consequentie van de ervaringsregel van de Hoge Raad is daarentegen dat het aansprakelijkheidsrisico van de werkgever toeneemt naarmate zijn werknemers meer ervaring hebben. Ik wijs er bovendien – ter ontuchtering van degenen die de ijdele illusie mochten koesteren dat van de hantering van de 'ervaringsregel' van de Hoge Raad een zekere preventieve werking uit gaat – op dat er in het Verenigd Koninkrijk aanzienlijk *minder* dodelijke ongevallen op de werkvloer vallen te betreuren dan in Nederland het geval is.⁶⁰

Ik zal de eerste zijn om toe te geven dat er over mijn zojuist uitgesproken oordeel over de 'ervaringsregel' van de Hoge Raad te debatteren valt, want er valt in bepaalde gevallen óók iets vóór te zeggen, zeker als men die regel *in abstracto* – dat wil zeggen geabstraheerd van de concrete omstandigheden van het geval waarin hij moet worden toegepast – in het universitaire onderwijs ter sprake brengt. Dat levert interessante gespreksstof op, waarbij de casuïstische vindingsrijkheid en de retorische vaardigheden van de participanten uitstekend tot hun recht kunnen komen, maar men moet daarbij niet de illusie wekken dat het om een juridisch relevant debat gaat.

59 Ik heb de indruk dat de 'regel' verband houdt met een andere ervaringsregel (die ik wel onderschrijf), inhoudende dat de kans dat men het slachtoffer wordt van een ongeluk steeds groter wordt, naarmate men langer in een gevaarlijke omgeving werkt. Militairen weten dat goed: men denke aan de beruchte frontseconde.

60 Bron: *Trouw* 6 maart 2008, onder verwijzing naar *Safety Science*.

3 De maatman en de verkeersopvatting

P. Memelink[■]

1 INLEIDING

Wiens opvatting is de verkeersopvatting? Betreft het de opvatting van ‘allen’, van de ‘meerderheid’, van de ‘juristen’, van de ‘verstandigsten’, of de opvatting van een ‘redelijk ontwikkelde en redelijk denkende burger’? Vooral de laatste gedachte is in het kader van deze bundel interessant. Gaat het bij verkeersopvattingen wellicht om de opvatting van een *maatman*? Die vraag staat in deze bijdrage centraal.

Bij zijn bespreking van de – destijds nieuwe – regeling van overmacht bij verbintenissen (thans art. 6:75 BW) bepleitte Wery reeds in 1964 dat de rechter bij het zoeken naar de verkeersopvatting zou moeten uitgaan van:¹

‘een hypothetisch oordeel van een redelijk lid der samenleving omtrent het risico in een concreet geval.’

Hij besprak de vraag wat het ontwerp BW onder overmacht in de nieuwe formulering verstond. Aan de niet-toerekening van tekortkomingen krachtens de in het verkeer geldende opvattingen wijdde hij een uitgebreide beschouwing.²

Het begrip verkeersopvatting heeft volgens Wery normatieve kracht. De niet-nakoming komt voor rekening van de schuldenaar *krachtens* de verkeersopvatting, die ook de rechter bindt.³ Hij merkt op dezelfde pagina echter op dat de verwijzing naar de verkeersopvatting een verwijzing naar een – al dan niet notoir – *feit* lijkt te impliceren. Daarmee heeft Wery de belangrijkste controverse met betrekking tot verkeersopvattingen te pakken. Behelzen zij een feitelijk gegeven of een rechtsnorm? Ik kom daarop hierna nog terug.

Door aan te knopen bij het hypothetische oordeel van een *maatman* en de verkeersopvatting zodoende tot een *normatief begrip* te bestempelen, ondervangt Wery een aantal door hem opgesomde bezwaren. Het bestempelen van de

■ P. Memelink is docent en promovenda bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Zij bereidt een proefschrift over de verkeersopvatting voor.

1 J.L.L. Wery, ‘Het niet toerekenbaar niet-nakomen van een verbintenis volgens het Ontwerp B.W.’, *RM* 1964, p. 30.

2 Wery 1964, p. 26-32.

3 Wery 1964, p. 28.

verkeersopvatting tot feitelijk gegeven leidt tot problemen omdat verkeersopvattingen, aldus Wery, veelal zeer moeilijk te bewijzen zijn en onduidelijk is hoe de rechter achter de inhoud van niet-notoire verkeersopvattingen zou kunnen komen. Ten tweede meent Wery dat vragen van risico-aansprakelijkheid een te moeilijk en ingewikkeld karakter hebben, zodat daarover geen verkeersopvattingen heersen. Een derde bezwaar is volgens hem gelegen in het feit dat verkeersopvattingen alleen betrekking kunnen hebben op standaardfiguren die met een zekere frequentie voorkomen. Zij zijn volgens Wery daarom minder geschikt voor de – eveneens noodzakelijke – beslissingen in a-typische gevallen.

Wery achtte het onaanvaardbaar dat de taak van de rechter zou worden gereduceerd tot 'het enkel registreren van bepaalde verkeersopvattingen' waarbij 'alle autonome rechtsvinding hem zou zijn ontzegd'. Door hantering van een maatman – het uitgaan van het hypothetische oordeel van een redelijk lid der samenleving – kon de rechter volgens Wery:

'in de redelijkheid de norm vinden, die hem de weg zou wijzen naar de in concreto juiste beslissing.'

De door Wery bepleite aanpak brengt kortom het voordeel met zich mee dat het streven naar het vinden van de in concreto billijke beslissing voorop staat. De rechter kan, door hantering van de maatman, recht doen aan de specifieke omstandigheden van zowel typische als a-typische gevallen en tot een billijk oordeel komen zowel in gevallen waarin de verkeersopvatting zich overduidelijk aftekent als in zaken waarin de vraag naar de risicoverdeling tussen partijen een 'subtiele rechtsvraag' betreft, waaromtrent geen verkeersopvatting voorhanden is.

Alvorens iets meer te kunnen zeggen over de aan de orde gestelde vraag – is de verkeersopvatting de opvatting van een maatman? – allereerst wat korte opmerkingen over het weerbarstige begrip verkeersopvattingen.

2 VERKEERSOPVATTINGEN; EEN VERKENNING

Over verkeersopvattingen is veel geschreven,⁴ maar slechts weinig duidelijk. Uit de parlementaire geschiedenis valt nauwelijks op te maken wat de wetgever met dit begrip heeft bedoeld of beoogd en in de literatuur verschillen de meningen omtrent de aard van het begrip. De grootste controverse betreft daarin nog steeds de vraag of het begrip 'verkeersopvatting(en)' verwijst naar

4 Zie bijv. G.T. de Jong, 'Artikel 6:75: een merkwaardige bepaling', in: *CJHB (Brunner-Bundel)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 197-207; H.J. Rossel, 'De verkeersopvatting', in: *CJHB (Brunner-bundel)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 335-344; A.C. van Schaick, 'Verkeersopvattingen in het goederenrecht', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den

een feitelijk gegeven, dan wel naar ongeschreven recht, dan wel de ene keer naar een feitelijk gegeven en de andere keer naar ongeschreven recht.⁵

Een antwoord op die vraag wordt in de parlementaire geschiedenis niet gegeven. Daarin is alleen bij de behandeling van artikel 3:4 BW (bestanddeelvorming) iets uitgebreider stilgestaan bij het begrip verkeersopvatting.⁶ Uit die parlementaire geschiedenis blijkt in ieder geval dat de wetgever een soepel, veranderlijk begrip voor ogen had, met behulp waarvan het recht zich zou kunnen aanpassen aan de ontwikkelingen in de maatschappij.⁷ Daarnaast merkt de wetgever slechts op dat de verkeersopvattingen in ruimere of juist beperktere kring relevant kunnen zijn, en 'dat in de meeste gevallen een moeilijk en tijdrovend onderzoek naar de inhoud van de verkeersopvatting achterwege kan blijven'. Daarmee moet de jurist het doen.

In de literatuur wordt ten aanzien van de verkeersopvatting verder over het algemeen aangenomen dat zij een 'intersubjectieve', of ook wel 'objectiverende' maatstaf is.⁸ Niet de wil van partijen of de persoonlijke overtuiging van de rechter geeft de doorslag, maar 'de opvatting in het verkeer' op een zeker moment.⁹

'Niet wat partijen vinden van de inhoud van een begrip of de toedeling van een risico is maatgevend, maar wat *men* in de samenleving daarvan vindt.' [cursivering PM]

Uit dit citaat van Rogmans blijkt dat de verkeersopvatting niet alleen een rol speelt bij de toedeling van risico's in het verbintenissenrecht, zoals de door Wery besproken regeling met betrekking tot de (risico)toerekening van een tekortkoming in de nakoming. De verkeersopvatting wordt daarnaast gehanteerd in het goederenrecht. Zij geeft – mede – inhoud aan een aantal goederenrechtelijke basisbegrippen. De vraag die vervolgens rijst, is of binnen het goederenrecht eveneens sprake zou kunnen zijn van de opvatting van een *maatman*.

Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 91-122; C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen 2000), Serie Recht en Praktijk nr. 112, Deventer: Kluwer 2000, p. 197-243; J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming. Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek* (diss. Groningen 2002), Serie Recht en Praktijk nr. 121, Deventer: Kluwer 2002, p. 31-39, 80-95, 127-130, 190-198, 214-216; B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Serie Monografieën BW A-20, Deventer: Kluwer 2007.

5 Ik bespreek deze verschillende opvattingen – en mijn eigen standpunt – uitgebreid in hoofdstuk 3 van mijn – nog te verschijnen – proefschrift.

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

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

8 Zie bijv. Wichers 2002, p. 38; Rogmans 2007, nr. 16.

9 Rogmans 2007, nr. 16.

Voordat ik op die vraag nader inga geef ik allereerst een kort overzicht van de leerstukken en rechtsgebieden waarbinnen de verkeersopvatting een rol speelt.

3 DRIE CATEGORIEËN GEVALLEN EN EEN RESTCATEGORIE

Sinds 1992 staat in een twaalfstal artikelen in het vermogensrecht een verwijzing naar de *verkeersopvatting(en)* of *de in het verkeer geldende opvattingen*.¹⁰ Daarnaast speelt het begrip verkeersopvatting, buiten deze ‘wettelijke’ gevallen, een rol in de jurisprudentie. De verkeersopvatting wordt door de rechter soms zelfstandig gebruikt, zonder dat daaraan een verwijzing naar de verkeersopvatting in de wet ten grondslag ligt. Dit is bijvoorbeeld het geval binnen het leerstuk van de eigen schuld¹¹ en bij de schijn van volmachtverlening.¹²

Globaal zijn er drie grote categorieën van gevallen aan te wijzen waarbinnen de verkeersopvatting wordt gehanteerd (par. 3.1-3.3). Daarnaast bestaat een restcategorie met overige gevallen, die ik in mijn binnenkort te verschijnen proefschrift¹³ wel kort bespreek, maar hier voor het gemak buiten beschouwing zal laten.¹⁴

3.1 De toerekening van risico’s

Aan het begin van mijn bijdrage aan deze bundel gaf ik reeds het voorbeeld van de toerekening van tekortkomingen in de nakoming krachtens verkeersopvatting (art. 6:75 BW). Deze rol van de verkeersopvatting bij de (niet-)toerekening van tekortkomingen in de nakoming is niet nieuw. Reeds vóór 1992

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

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

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

13 Rond de tijd van het schrijven van deze bijdrage werd het manuscript goedgekeurd. Het proefschrift zal naar verwachting begin februari verdedigd worden en in boekvorm verschijnen.

14 Kort gezegd gaat het bij deze restcategorie om gevallen waarin de verkeersopvatting behulpzaam is bij de uitleg van overeenkomsten dan wel waarin in de overeenkomst wordt verwezen naar de geldende verkeersopvattingen, om de vaststelling van non-conformiteit en om gevallen waarin onderzoeks- en mededelingsplichten tegenover elkaar staan.

werden verkeersopvattingen gehanteerd waar het ging om toerekening van tekortkomingen.¹⁵

Elders in het verbintenissenrecht hangt de verwijzing naar de verkeersopvatting eveneens samen met de toerekening van risico's.¹⁶ De vraag aan wie van partijen het risico van dwaling,¹⁷ onvoorziene omstandigheden, of het ontbreken van een rechtsverhouding moet worden toegerekend, wordt regelmatig aan de hand van de verkeersopvatting beslist.

Buiten het contractenrecht kennen wij de toerekening van onrechtmatige (overheids)dadens op grond van de verkeersopvatting, in gevallen waarin verwijtbaarheid en kwalitatieve aansprakelijkheid ontbreken.¹⁸ Ook de toerekening van beroepsfouten geschiedt regelmatig op grond van de verkeersopvatting,¹⁹ ongeacht of de grondslag voor schadevergoeding wordt gezocht in onrechtmatige handelen of wanprestatie.

3.2 De aard en omvang van zaken

Een tweede categorie gevallen ziet op vragen betreffende de aard en omvang van zaken. De verkeersopvatting geeft mede invulling aan het juridische zaaksbegrip.²⁰ Zij is bijvoorbeeld doorslaggevend voor de vraag of een zaak beschikt over zelfstandigheid, of zij individualiseerbaar is en wat de ethische grenzen zijn van het zaaksbegrip. Indien een zaak zelfstandigheid mist, dan is zij – noodzakelijkerwijs – bestanddeel van een andere zaak. De verkeersopvatting is sinds lang doorslaggevend voor nadere vaststelling van het begrip bestanddeel.²¹ Zij bepaalt eveneens welke van de (roerende) zaken de hoofdzaak is (art. 5:14 lid 3 BW).

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

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

17 Zie bijv. HR 19 juni 1959 NJ 1960, 59 m.nt. HB (*Kantharos van Stevensweerd*); HR 18 april 2003, NJ 2004, 634 m.nt. MMM (*Huls/NLP*); HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck & van Rosberg*) en HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 m.nt. JH (*L.E. Beheersmaatschappij/Stijnman*).

18 Zie daarover met name Sieburgh 2000, p. 197-243. Zie bijv. voor de onrechtmatige overheidsdaad HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Kleuterschool Knabbel en Babbel*) en voor de onrechtmatige daad bijv. HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. CJHB en C (*Staat en Van Hilten/M*).

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

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

21 Zie bijv. HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*); HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 m.nt. JD (*Stafmateriaal*); HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 m.nt. BW (*Radio Holland*); HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 m.nt. WMK onder NJ 1993, 317 (*Dépex/Curatoren Bergel*) en J. Hijma AA 1992, 284; HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 m.nt. WMK (*Ontvanger/Rabobank*); HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (*ECCL/Curator CXA of spuitcabine*); HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272 (*Steiger-arrest*).

Daarnaast kan de verkeersopvatting – in twijfelgevallen – gehanteerd worden als hulpmiddel bij de uitleg van de zinsnede ‘duurzaam met de grond verenigd’ (art. 3:3 BW) en speelt zij dus een – bescheiden – rol bij de bepaling van de roerende of juist onroerende aard van een zaak.²² Verder speelt ze een rol bij de invulling van de juridische begrippen vrucht,²³ vermenging van zaken, duurzaam dienende zaken en bij de beantwoording van de vraag of sprake is van vorming van een zaak met een nieuwe identiteit.²⁴

3.3 De verhouding persoon – goed

De derde categorie omvat vragen betreffende feitelijke macht en het onderscheid tussen bezit en houderschap. Een verschil met de tweede categorie is dat de verkeersopvatting hier niet ziet op de aard en omvang van de zaak, maar op de verhouding tussen personen en goederen (vooral zaken, maar ook vermogensrechten). *Of iemand een goed houdt en voor wie hij dat doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld* (art. 3:108 BW).²⁵

De vraag of en wanneer op kenbare wijze feitelijke macht wordt uitgeoefend bleek bijvoorbeeld relevant voor de beantwoording van de vraag of op een onroerende zaak een retentierecht uitgeoefend wordt.²⁶ Een rol voor de verkeersopvatting bij het onderscheid tussen bezit en houderschap is bijvoorbeeld weggelegd bij de beoordeling van de vraag of sprake is van bezit van een strook grond, en dus of verkrijgende verjaring daarvan mogelijk is.²⁷

22 Zie bijv. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (*Portacabin*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann in AA 47 (1998), p. 101-105 en HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m.nt. WMK (*Grafzerken*).

23 HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*).

24 Zie bijv. HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK (*Orchideeënscheur-arrest*); HR 5 oktober 1990, NJ 1992, 226 m.nt. WMK (*Breda/Antonijs*); HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*‘Love-Love’*) en HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*).

25 Zie bijv. HR 15 april 1983, NJ 1983, 647 (*Beens/Albers*); HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 (*Kas-associatie/Drying*); HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*); Hof Arnhem 14 mei 2002, LJN AE2653 (*Krakers/Cofiton c.s.*); HR 15 september 2006, NJ 2006, 506 (*Stichting Beheer en Administratie Noord-Oost Friesland/Dillema*).

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

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

4 GEMEENSCHAPPELIJKE KENMERKEN EN FUNCTIES VAN VERKEERSOPVATTINGEN

Uit het geschetste overzicht van leerstukken waarbinnen de verkeersopvatting een rol speelt, spreekt op het eerste gezicht een enorme diversiteit aan zeer uiteenlopende gevallen en rechtsvragen. Ondanks deze diversiteit kent het begrip verkeersopvatting op de diverse terreinen belangrijke overeenkomsten. Verkeersopvattingen bezitten een aantal gemeenschappelijke kenmerken en functies. Ik bespreek in mijn proefschrift een vijftal algemene kenmerken van verkeersopvattingen. Het betreft steeds niet-gedragsnormen, die intrinsiek veranderlijk van aard zijn, die werken op verschillende wijzen en niveaus, een topisch karakter kennen en in hoge mate verstrengeld zijn met de feiten.²⁸ De verkeersopvatting kent drie methodische functies (receptie, transformatie en delegatie) en drie materiële functies (de juridische kwalificatie van feiten, objectivering en relativering en een slechts aanvullende werking).²⁹

In mijn proefschrift werk ik deze gemeenschappelijke delers van het begrip nader uit en probeer ik een theoretisch kader te schetsen van de verkeersopvatting. Hier volsta ik met een bespreking van één kenmerk en één functie, die van belang zijn voor het nader uitwerken van de vraag of de verkeersopvatting wellicht de opvatting is van een *maatman*. Het betreft de *objectiverende functie* die de verkeersopvatting steeds vervult en haar *niet-gedragsnormerende karakter*.

4.1 Objectiverende functie

Het begrip verkeersopvatting vervult vooral een objectiverende functie. Het is vooral Rogmans geweest die deze objectiverende functie van de verkeersopvatting heeft onderkend en benadrukt.³⁰ Hantering van de verkeersopvatting schrijft steeds een zekere mate van objectivering voor en biedt mogelijkheden voor aanpassing van het recht aan ontwikkelingen in de maatschappij. Niet de wil van partijen of de persoonlijke overtuiging van de rechter geeft de doorslag, maar 'de opvatting in het verkeer' op een zeker moment. Bij de verkeersopvatting gaat het met andere woorden om wat *men* vindt dat het rechtsgevolg van een bepaalde concrete situatie zou moeten zijn.

Een duidelijk voorbeeld van deze objectiverende functie van de verkeersopvatting biedt het onderscheid tussen bezit en houderschap. Artikel 3:108 BW bepaalt:

28 Zie hoofdstuk 4 van mijn nog te verschijnen proefschrift.

29 Zie hoofdstuk 6 van mijn nog te verschijnen proefschrift.

30 Rogmans 2007, nr. 16. Zie echter ook reeds G.H.A. Schut, 'Objectivering en subjectivering in het privaatrecht', in: *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 404-405.

‘Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.’

Scholten wees al in 1933 op de doorslaggevende rol van de verkeersopvatting voor de beoordeling van het onderscheid tussen bezit en houderschap. Zo merkte hij bijvoorbeeld op:³¹

‘Over den toestand echter, dien wij bezit noemen, beslissen steeds wisselende verkeersopvattingen (...).’

Scholten omschreef bezit als de (machts-)verhouding tussen persoon en zaak die naar maatschappelijke opvatting als een, anderen uitsluitende, heerschappij wordt beschouwd. Als houder bestempelde hij de persoon van wie vaststaat dat hij alleen door zijn *rechtsverhouding tot een ander* (de bezitter) macht over de zaak uitoefent.³² Scholten verwierp zodoende de leer van de *animus domini*, de doorslaggevende rol van de wil voor de beoordeling van bezit. Beslissend voor het verschil tussen bezit en houderschap was volgens Scholten de rechtsverhouding, de *causa detentionis*. Wanneer wordt ‘gehouden’ dan is dat volgens hem altijd op grond van een rechtsverhouding met een ander. Slechts waar het de rechtsverhouding betrof speelde de wil en bedoeling van partijen een rol.³³

De opvattingen van Scholten hebben invloed gehad op het door Meijers voorgestelde systeem.³⁴ Ook Meijers verwierp de interne wil als criterium voor bepaling van de grens tussen bezit en houderschap. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met de woorden *uiterlijke feiten* in artikel 3:108 BW, wordt bedoeld op andere – voor derden waarneembare – feiten dan de wil om te houden.³⁵ *Innerlijke feiten*, zoals de ‘interne wil’, spelen geen rol bij de beoordeling van de vraag of iemand een goed houdt en voor wie. Meijers acht de uiterlijke feiten en de verkeersopvatting daaromtrent, beslissend, al wijzen die feiten natuurlijk vaak op een wil om te bezitten, een *animus domini*.³⁶ Het door Meijers voorgestelde gebruik van de verkeersopvatting als maatstaf voor het onderscheid tussen bezit en houderschap, werd in de literatuur met instemming begroet.³⁷

31 Asser-Scholten, *Zakenrecht* 1933, p. 54.

32 Asser-Scholten, *Zakenrecht* 1933, p. 48.

33 Asser-Scholten, *Zakenrecht* 1933, p. 48-49.

34 Zie daarover F.H.J. Mijnsen, ‘De regeling van het bezit en de bezitsoverdracht in het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek’, *WPNR* (1972) 5165 en 5166, p. 126.

35 M.v.A. II., *Parl. Gesch. boek 3*, p. 428.

36 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 428.

37 Zie bijv. H. Drion, ‘De betekenis van het bezit voor ons huidige recht’, *WPNR* (1967) 4941/4943, p. 111; Mijnsen 1973, p. 127; Asser-Beekhuis, *Zakenrecht* 1975, p. 96.

Voor andere goederenrechtelijke kwalificaties, bijvoorbeeld bij de invulling van de begrippen 'bestanddeel', 'vrucht' en 'nieuw gevormde zaak', vervult de verkeersopvatting eenzelfde functie. De verwijzing naar deze maatstaf maakt vooral duidelijk dat de wil van partijen ten aanzien van die juridische kwalificatie *niet* doorslaggevend is. Gezocht moet worden naar wat *men* vindt.

In het verbintenissenrecht geldt hetzelfde voor de toerekening van risico's op grond van de verkeersopvatting. De toerekening van tekortkomingen in de nakoming biedt daarvan een mooie illustratie. Die toerekening naar verkeersopvatting zal eerst plaatsvinden indien de tekortkoming niet te wijten is aan schuld (verwijtbaarheid), noch voor risico komt van de schuldenaar op grond van de wet of de rechtshandeling.³⁸ Het komt met andere woorden bij toerekening op grond van de verkeersopvatting niet aan op de wil van de wetgever (die zijn neerslag heeft gevonden in de wet) of de wil van partijen (die tot uitdrukking komt in de verrichte rechtshandeling). Doorslaggevend bij toerekening naar verkeersopvatting is de opvatting omtrent de risicoverdeling zoals die in de maatschappij leeft.

4.2 Niet-gedragsnormen

Als belangrijkste gemeenschappelijk kenmerk van de diversiteit aan verkeersopvattingen noem ik in mijn proefschrift het feit dat zij geen gedragsnormen inhouden. Hierin onderscheidt de verkeersopvatting zich van andere onbepaalde begrippen zoals de redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke betamelijkheid, de goede zeden, en van maatmannen zoals de 'de zorgvuldige schuldenaar' of 'goede werkgever'.

Het gaat bij de verkeersopvatting niet om een waardering van bepaald gedrag, maar om – wat ik maar heb genoemd – *andere normatieve opvattingen*. Meer dan een waardering van gedrag betreft het een juridische waardering van een complex van feiten en omstandigheden en de vraag welk rechtsgevolg gekoppeld behoort te worden aan dat complex van feiten en omstandigheden. Wat *behoort*, gelet op een concreet complex van feiten en omstandigheden, volgens de deelnemers aan de samenleving *recht* te zijn?

Dat het bij verkeersopvattingen niet om primair gedragsnormerende regels gaat, laat zich het beste illustreren aan de hand van een voorbeeld. Ik hanteer als voorbeeld wederom artikel 3:108 BW. Aan de hand van dit artikel – betreffende het onderscheid tussen bezit en houderschap – moet bijvoorbeeld worden beoordeeld of de kraker van een huis deze zaak *voor zichzelf* bezit, dan wel zich tot *houder* van het gekraakte pand heeft gemaakt.³⁹ Het antwoord

38 In mijn proefschrift betoog ik dat de verkeersopvatting slechts aanvullende werking heeft (hoofdstuk 6).

39 Het voorbeeld is ontleend aan Rb. Arnhem 16 oktober 2001, LJN AD4596 en het vervolg in hoger beroep Hof Arnhem 14 mei 2002, LJN AE2653.

op de vraag of de kraker bezitter dan wel houder is geworden, is onder meer van belang voor de beantwoording van vraag of de kraker het huis ten gevolge van verjaring in eigendom kan verkrijgen (art. 3:105 lid 1 jo. 3:314 BW).

De regel van artikel 3:108 BW, dat naar verkeersopvatting wordt beoordeeld of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, betreft geen gedragsnorm. Het draait bij deze beoordeling niet om – het overtreden van – een gedragsregel of om een regel die het gedrag waardeert. Het gaat niet om een regel als: ‘u zult geen huizen kraken’, of ‘het kraken van een huis is een onrechtmatige daad’. Artikel 3:108 bevat slechts een (beslissings)regel aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of iemand een goed voor zichzelf of voor een ander houdt. Aan dat oordeel wordt vervolgens een rechtsgevolg vastgeknoopt. In casu werd bijvoorbeeld uitgemaakt dat de kraker houder is van de onroerende zaak, en geen bezitter.⁴⁰

Een gedragswaarderend of gedragsnormerend aspect bevat de beslissing niet. Het gaat om een beslissingsregel en de beslissing (dat de kraker niet houdt voor zichzelf) heeft bepaalde rechtsgevolgen (de kraker is geen bezitter en kan dus niet door verjaring eigendom verkrijgen). Bij de beoordeling, ofwel juridische kwalificering, van de aard van de feitelijke macht – bezit of houderschap – is kortom niet relevant of iemand terecht of onterecht een zaak of goed houdt. De verkeersopvatting betreft niet (primair) een opvatting over ‘goed’ of ‘fout’ gedrag. Het gaat steeds om de vraag of aan het complex van feiten en omstandigheden dat ter beoordeling voorligt, de kwalificatie *bezit of houderschap* moet worden verbonden.

Hoewel de beslissing niet primair een oordeel over het gedrag van deze specifieke kraker inhoudt, is zij desondanks *normatief* van aard. Wij vinden – in het algemeen – dat krakers geen bezitters – moeten – zijn en dat zij niet door verkrijgende verjaring de eigendom van de door hen gekraakte huizen kunnen verkrijgen. Ik noem de verkeersopvatting daarom *enkel normatief* van aard (de kraker is een houder), en zet haar af tegen de *dubbel normatieve* gedragsnormen (die een normatieve waardering van specifiek gedrag vergen, gevolgd door het daaraan koppelen van een – eveneens normatief – rechtsgevolg).

De observatie dat het bij verkeersopvattingen niet gaat om gedragsnormen, geldt niet alleen het onderscheid tussen bezit en houderschap, maar ook waar het de bepaling van de aard en de omvang van zaken betreft en de toerekening van risico's in het verbintenissenrecht.⁴¹ Ik werk dat in de volgende paragraaf nader uit.

40 Zie Hof Arnhem 14 mei 2002, LJV AE2653.

41 Zo ook Sieburgh 2000, p. 90-91 m.b.t. de toerekening naar verkeersopvatting van onrechtmatige daden.

5 DE MAATMAN EN NIET-GEDRAGSNORMEN

Dat het bij de verkeersopvatting zou kunnen gaan om de opvatting van een *maatman* lijkt na de vorige paragraaf paradoxaal. Ik constateerde immers dat verkeersopvattingen *geen* gedragsnormen inhouden en zich in die zin onderscheiden van bijvoorbeeld de maatschappelijke betamelijkheid, de goede zeden en de gedragsnormen die aan de verschillende maatmannen worden ontleend. De maatman wordt juist vooral in verband gebracht met gedragsnormen.

De maatman bepaalt het niveau van zorgvuldigheid dat door een bepaalde persoon in acht moet worden genomen. De zorgvuldigheidsnorm die geldt, verschilt al naar gelang de rol die de betreffende persoon speelt in het theater van het burgerlijk recht.⁴² Iedere rol leidt volgens Nieuwenhuis tot:⁴³

‘gebundelde verwachtingen die worden gewekt door het feit dat iemand een bepaalde sociale positie bekleedt.’

De arts dient zich bijvoorbeeld te gedragen overeenkomstig de zorgvuldigheidsnormen die aan de ‘redelijk bekwame en redelijk handelende arts’ gesteld kunnen worden. Voor de werkgever geldt een zorgvuldigheidsnorm die past bij zijn rol en die dan ook nauw verband houdt met de mate van zeggenschap die hij heeft over de uit te voeren werkzaamheden.

Volgens Nieuwenhuis heeft deze ‘personificatie van rechtsnormen’ ten doel te voorkomen dat de menselijke maat van het recht uit het oog wordt verloren.⁴⁴ Die menselijke maat is niet alleen gewenst daar waar het gaat om de *invulling* van zorgvuldigheidsnormen. Zij komt ook van pas bij de *toerekening* van gedrag. De inhoud van de zorgvuldigheidsnorm en de toerekening van onzorgvuldig gedrag liggen nu eenmaal dicht bij elkaar.

Dat is vooral goed te zien daar waar bijvoorbeeld de toerekening van een tekortkoming geschiedt op basis van schuld. Zo merkt Wery op dat de vraag wat onder *schuld* moet worden verstaan geheel afhangt van de *gedragsnorm* waaraan zij getoetst wordt.⁴⁵ Hij brengt schuld aan de verhindering tot nakoming in verband met de vraag of redelijkerwijs de zorg van een ‘goed schuldenaar’ in acht is genomen (in de zin van art. 6.1.6.1 NBW, thans art. 6:27 BW).⁴⁶

De toerekening krachtens schuld (in de zin van verwijtbaarheid) verschilt echter van de toerekening krachtens verkeersopvatting. Daarbij worden risico’s toegerekend juist *zonder* dat de schuldenaar verwijtbaar heeft gehandeld. Althans, zo onderwijzen wij het verschil tussen schuld en risico aan onze

42 Zie J.H. Nieuwenhuis, ‘Personen en hun rollen’, in: *Confrontatie en Compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007, p. 65-68.

43 Nieuwenhuis 2007, p. 66.

44 Nieuwenhuis 2007, p. 68.

45 Wery 1964, p. 11-12.

46 Wery 1964, p. 16-17.

rechtenstudenten. De werkelijkheid steekt minder zwart-wit in elkaar dan op pedagogisch verantwoorde manier uit te leggen is aan beginnend civilisten. Nieuwenhuis en Schut wezen er in het verleden op dat het gangbare beeld niet deugt en dat ‘schuld en risico in elkaar overlopen als twee kleuren waterverf’.⁴⁷

Een voorbeeld van deze diffuse grens tussen schuld en risico geeft De Jong in haar artikel over de niet-toerekening van tekortkomingen in de nakoming (art. 6:75 BW). Zij komt, tot haar eigen verbazing, tot de conclusie dat verkeersopvattingen aangaande risico-verdeling waarschijnlijk niet bestaan en dat de beslissingsfactor die de wet ons aanreikt ‘een leeg criterium’ is.⁴⁸ Vervolgens bespreekt ze ‘verschillende categorieën van verhindering’ waarvoor geldt dat deze steeds voor risico van de schuldenaar komen. Een van de redenen voor niet-nakoming die wordt toegerekend aan de schuldenaar is onervarenheid. De Jong merkt over die categorie op:⁴⁹

‘Naar mijn mening dient een zorgvuldig schuldenaar (bijvoorbeeld een arts) te zorgen dat hij, ook al is hij onervaren, voldoende bagage in huis heeft dan wel voldoende hulp vraagt om aan de verbintenis die hij op zich neemt te kunnen voldoen. Anders dient hij de verbintenis niet op zich te nemen en heeft hij in zoverre schuld. Ik zou onervarenheid niet als een risico-factor willen beschouwen, maar via de eis van de ‘zorgvuldig schuldenaar’ onder het schuldbegrip willen brengen.’

Onervarenheid van de schuldenaar; toerekenen krachtens schuld of risico? Wie het weet, mag het zeggen. Volgens de heersende leer dient het schuldbegrip beperkt te worden tot *verwijtbaar handelen*. De Jong verwijt de onervaren schuldenaar dat hij de verbintenis op zich nam ondanks het ontbreken van voldoende bagage. Anderen zullen redeneren dat de onervarenheid aan de schuldenaar – op zichzelf gezien – niet verweten kan worden, maar dat zij desondanks voor zijn risico moet blijven.⁵⁰

Het voorbeeld illustreert hoe dicht schuld en risico, en gedragsnorm en toerekening van gedrag, elkaar kunnen naderen. De omstandigheden op grond waarvan toerekening al dan niet plaatsvindt, zullen soms verknoopt lijken met de persoon en diens gedraging, zoals bijvoorbeeld onervarenheid of ziekte. Dan weer zijn die omstandigheden objectiever van aard en minder persoonsgebonden. Geldelijk onvermogen leidt bijvoorbeeld nooit tot een geslaagd beroep op overmacht, ongeacht de persoon van de wanprestant. In navolging van de wetgever en de heersende leer kies ik ervoor om het begrip schuld te reserveren voor verwijtbaar gedrag sec en de beoordeling van de overige

47 Nieuwenhuis 2007, p. 130-131 en G.H.A. Schut, ‘Schuld en risico’, *WPNR* (1969) 5045, p. 273.

48 De Jong 1994, p. 201.

49 De Jong 1994, p. 203.

50 Zo redeneert bijvoorbeeld de wetgever, zie T.M., *Parl. Gesch. boek 6*, p. 168-619. Zie daarover, met meer voorbeelden, ook Sieburgh 2000, p. 199-201.

omstandigheden te laten vallen onder het begrip risico. Het is die beoordeling van de overige omstandigheden van het geval die naar verkeersopvatting geschiedt.

Terug naar de maatman en de verkeersopvatting. Waar het mij hier om gaat is de vraag of de maatman slechts wordt gehanteerd bij de beoordeling van *gedrag*, dus bij de nadere invulling van een concrete zorgvuldigheidsnorm, of ook bij de *toerekening* van gedrag. In geval van de beoordeling van het gedrag is de – hypothetische – vraag of een redelijk handelend mens *aldus gehandeld* zou hebben. Dat is de voorvraag die in beginsel aan de vraag omtrent de risicotoedeling vooraf gaat. Voor de vraag naar de toerekening van risico's kan de maatman echter eveneens verdienstelijk zijn.⁵¹ Deze mogelijkheid om de maatman te hanteren voor de toerekening van gedrag, hangt samen met het feit dat niet alleen omtrent het gedrag zelf verwachtingen worden gekoesterd, maar ook omtrent de *rechtsgevolgen* van dat gedrag. De maatman beantwoordt in deze gevallen in feite twee vragen, die in de praktijk veelal tegelijkertijd aan de orde komen. De beslissing omtrent de juridische kwalificatie van het gedrag (als onrechtmatig, rechtmatig, tekortkoming of geen tekortkoming) valt immers vaak samen met de toerekening van dat gedrag aan één der partijen.

6 ZOEKEN NAAR CONSENSUS OF NAAR HET OORDEEL VAN EEN MAATMAN?

Hoe komt de rechtsvinder erachter wat *men* vindt? De opvattingen in het maatschappelijk verkeer zijn immers vaak niet eenduidig en moeilijk meetbaar. Schoordijk betwijfelt of de rechter wel *kan* achterhalen wat 'men' vindt.⁵² Dat is inderdaad de vraag. Voor het houden van bijvoorbeeld een enquête onder de bevolking is de rechter slecht toegerust, nog afgezien van de bezwaren die aan een dergelijke methode kleven en de twijfelachtige bruikbaarheid van eventuele uitkomsten.⁵³

Barendrecht meent dat de rechter, naast hantering van wetgeving en rechterlijke rechtsvorming, kennis kan nemen van die opvattingen via de

51 Zo ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek*, diss. Uva 2007, Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties, Deventer: Kluwer 2006, par. 4.4, p. 110-113. Vergl. Sieburgh 2000, p. 156-161 en p. 230-240 en 245. Zij betoogt dat de maatman in ieder geval *niet* gehanteerd kan worden voor de invulling van het begrip 'schuld' (dat subjectief uitgelegd moet worden als 'persoonlijke verwijtbaarheid'). Zij brengt de toerekening naar verkeersopvatting desondanks niet in verband met een – objectieve – maatman, hoewel zij betoogt dat vooral de 'maatschappelijke positie' van de laedens invloed heeft op de toerekening naar verkeersopvatting.

52 H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen* (Diënsrede Tilburg), Deventer: Kluwer 1972, p. 41. Hij schrijft dat de 'pluriformiteit van de waarde-oordelen' steeds meer toeneemt.

53 Ik bespreek deze bezwaren in mijn proefschrift in hoofdstuk 2. Zie ook de bijdrage van P.A.C.E. van der Kooij aan deze bundel.

massamedia en doordat partijen hem inzicht geven in de voor hun standpunt sprekende opvattingen. Hij merkt echter onmiddellijk op:⁵⁴

‘Over sommige maatschappelijke vraagstukken wordt in de maatschappij maar weinig nagedacht’.

Dit geldt sterk voor zoiets juridisch-technisch als de verkeersopvatting. Op televisie, bij ‘juridische’ programma’s waarbij het publiek zijn zegje mag doen, en tijdens radioprogramma’s zoals ‘Standpunt NL’, zie en hoor ik weinig debatten over bijvoorbeeld de vraag of kuikentjes de natuurlijke vruchten zijn uit eieren, dan wel nieuw gevormde zaken (met het oog op een door een leverancier van eieren gemaakt eigendomsvoorbehoud, een levering bij voorbaat van de toekomstige zaken en het faillissement van de kuikenbroederij).⁵⁵ Voor de beantwoording van rechtsvragen die aan de hand van de verkeersopvatting plegen te worden beslist heeft de rechter aan de massamedia mijns inziens niet veel. Hoe vindt die rechter dan de ‘geobjectiveerde verkeersopvatting’?

Volgens Hesselink geeft de rechter steeds een eigen (subjectief) oordeel over de wijze waarop in een te beslissen geval de regels – met behulp van de redelijkheid en billijkheid – geconcretiseerd, aangevuld, of gecorrigeerd moeten worden.⁵⁶ De ‘objectiviteit’ van het rechterlijk oordeel wordt volgens hem gewaarborgd door een aantal ‘ingebouwde garanties’ zoals: de deskundigheid en vooropleiding van de rechter, zijn plicht om het recht toe te passen, de motiveringsplicht, de mogelijkheid van hoger beroep, het in acht moeten nemen van bepaalde richtlijnen die uit het positieve recht volgen en het vertrouwen dat wordt gesteld in de rechter.⁵⁷ Anders dan andere auteurs ziet hij de redelijkheid en billijkheid kortom niet als een ‘objectiverend begrip’. Dit hangt uiteraard samen met zijn mening dat de redelijkheid en billijkheid in het geheel geen ‘norm’ is, maar volgens hem slechts verwijst naar de functies die de rechter vervult.⁵⁸

Van de verkeersopvatting kan dit moeilijk volgehouden worden. Zij is een – soms de enige – wettelijke beslissingsmaatstaf, (onderdeel van) rechtswetten die de rechter moet hanteren bij de beoordeling van bepaalde rechtsvragen. Één van haar functies is juist dat met haar verwijzing steeds ‘objectivering’ wordt beoogd. Niet wat partijen vinden, of wat de rechter vindt, is doorslaggevend, maar wat *men* vindt. Ik stel de vraag opnieuw: ‘Hoe komt

54 Barendrecht 1992, p. 229. Vergl. Sieburgh 2000, p. 205.

55 Het voorbeeld is ontleend aan HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (Kuikenbroederij).

56 M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht 1999), Deventer: Kluwer 1999, p. 404.

57 Hesselink 1999, p. 404.

58 Hesselink 1999, p. 408-413.

de rechtsvinder erachter wat *men* vindt?’ Het geëigende antwoord op die vraag is het standaardantwoord van de jurist op vele vragen: ‘Dat hangt er van af’.

Wat wij ‘de verkeersopvatting’ noemen, kent verschillende verschijningsvormen. Het begrip ‘verkeersopvatting’ is een hybride begrip. We kennen onmiddellijk evidente verkeersopvattingen, zoals bijvoorbeeld de opvatting dat dakpannen en deuren bestanddeel zijn van de onroerende zaak waarmee zij zijn verbonden. Over dergelijke evidente verkeersopvattingen wordt bitter weinig geprocedeerd. Zij zijn uit juridisch oogpunt niet onbelangrijk, maar minder interessant dan ‘de verkeersopvatting’ die een rol speelt in twijfelgevallen. In dergelijke twijfelgevallen verwijst het begrip verkeersopvatting *niet* naar een evidente opvatting, maar vormt het begrip een aanknopingspunt voor rechtsvinding.⁵⁹ De resultaten van dat rechtsvindingsproces (bijvoorbeeld de verkeersopvatting dat de kuikentjes uit machinaal uitgedroede eieren in juridische zin geen ‘natuurlijke vruchten’, maar ‘nieuwe zaken’ zijn) worden eveneens aangeduid met het begrip ‘verkeersopvatting’. Het begrip verkeersopvatting kunt dus drie verschijningsvormen.

Ik concentreer mij hier, evenals in mijn proefschrift, op de niet onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvattingen, waarnaar gezocht wordt in de twijfelgevallen. Uitgangspunt daarbij is dat die verkeersopvatting waarnaar in rechte gezocht wordt evenzeer een ‘geobjectiveerde opvatting’ moet weergeven als de evidente en kenbare verkeersopvattingen waarover consensus bestaat.

De mogelijkheden om de verkeersopvatting in een te beoordelen twijfelgeval te objectiveren zijn tweërlei. Enerzijds kan het de rechtsvinder zoeken naar de opvatting van meer dan één mens (hij zoekt dan naar *consensus*), anderzijds kan hij zoeken naar het hypothetische oordeel van een redelijk denkend mens (de opvatting van de *maatman*).

6.1 Consensus vooraf; evidente verkeersopvattingen

Het zoeken naar consensus kent geheel eigen ‘meetproblemen’, die ik hier laat rusten. Ik beperk me tot een paar korte opmerkingen.

Zoeken naar consensus veronderstelt het bestaan *vooraf* van een onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvatting in een relevante kring van personen. Het moge duidelijk zijn dat objectivering van de verkeersopvatting soms wel, maar niet steeds gebaseerd is op een *vooraf* bestaande en meetbare consensus. Zowel aan de meetbaarheid als de bewijsbaarheid van die consensus moet in veel gevallen getwijfeld worden. Niet alleen vanwege de methodologische problemen die opdoemen ten aanzien van het meten van consensus over dergelijke opvattingen,⁶⁰ maar mede in verband met de normatieve aard van

59 Zo ook Rogmans 2007, nr. 18.

60 Ik beschrijf deze methodologische problemen in mijn proefschrift in hoofdstuk 3.

de verkeersopvatting. Het is met de verkeersopvatting soms net zo als met de maatman. Nieuwenhuis schrijft daarover:⁶¹

‘Hetgeen in het maatschappelijk verkeer *betaamt* is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als wat daar *gebeurt*.’

Iets soortgelijks geldt voor de verkeersopvatting. De opvatting die bijvoorbeeld door de meerderheid wordt gedeeld, is niet noodzakelijkerwijs de verkeersopvatting in rechte.⁶²

Consensus *vooraf* lijkt alleen aanwezig voor zover de verkeersopvatting evident en kenbaar is. In die gevallen kan de rechter haar zonder, of na summar onderzoek zelf vaststellen. In die gevallen zal ook duidelijk zijn *wiens* opvattingen het betreft. Het zal dan steeds gaan om hetzij een voor iedereen kenbare, algemeen gedeelde opvatting, hetzij een binnen een kenbare relevante groep gedeelde opvatting. In het laatste geval is de verkeersopvatting weliswaar binnen die groep – van bijvoorbeeld beroepsgenoten – kenbaar, maar niet steeds onmiddellijk evident en kenbaar voor buitenstaanders, zoals de rechter. De rechter zal dan genoodzaakt zijn zich te laten voorlichten over de verkeersopvatting binnen de relevante groep van personen.

Voor zover de verkeersopvatting niet onmiddellijk evident en kenbaar is, zullen juristen noodgedwongen terug moeten vallen op een – andersoortig – proces van concretisering. In die gevallen zal afbakening van een relevante groep ons niet veel verder helpen, juist *omdat* een onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvatting niet bestaat en het begrip slechts aanknopingspunt vormt voor de rechtsvinding.

6.2 Consensus achteraf: werfkracht

Zowel Scholten als Schoordijk hebben gewezen op het feit dat de in de maatschappij levende opvattingen niet zozeer – als positief recht – achterhaald kunnen worden, maar voornamelijk een rol spelen als negatieve toets.⁶³ Scholten zegt dit het duidelijkst:

‘Wie recht zoekt, zoekt een gemeenschapsregel. Daaruit volgt niet, dat hij aan de gemeenschap heeft te vragen, wat de inhoud van die regel zal zijn, doch wel, of de gemeenschap die regel verdraagt en aanvaardt. Het rechtsbewustzijn is vooral een bewustzijn van *onrecht*.’ [cursivering in origineel]

61 Nieuwenhuis 2007, p. 66.

62 Zo ook Sieburgh 2000, p. 208.

63 Asser-Scholten, *Algemeen deel**, (derde druk) met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 127-128; Schoordijk 1972, p. 11-13, 19, 30 en 48.

In zijn zoektocht naar – de objectivering van – een verkeersopvatting dient de rechtsvinder zich af te vragen of de verkeersopvatting die hij in gedachten heeft (niet on)aanvaardbaar is voor de gemeenschap. De gevonden verkeersopvatting moet met andere woorden, in staat zijn om (later) consensus te verwerven. In recentere literatuur wordt dit de *werfkracht* van de beslissing genoemd.⁶⁴ De rechtvaardiging van de beslissing aan de hand van bijvoorbeeld de verkeersopvatting wordt dan niet gezocht in reeds vooraf bestaande consensus, maar in de werfkracht van de beslissing achteraf.

Indien de verkeersopvatting of rechtsovertuiging niet onmiddellijk evident is en van consensus voorafgaand aan de beslissing geen sprake is, dan zal de rechter desondanks een beslissing moet nemen. Volgens Haazen dient hij dan zijn eigen inzicht te volgen, eventueel een nieuwe regel ponierend. Daarbij moet hij:⁶⁵

‘zich laten leiden door een opvatting, waarvan hij in gemoede meent dat deze het dichtst aansluit bij de opvatting die de meeste werfkracht zal hebben en dus de grootste kans heeft door de maatschappelijk opvattingen te *zullen* worden gedragen.’
[cursivering in origineel]

Erg concreet is deze aanwijzing tot objectivering of tot toetsing van de *werfkracht* niet, net zomin als de aanwijzing om te zoeken naar ‘een uitgangspunt dat binnen de samenleving op ruime steun kan rekenen’.⁶⁶

Duidelijk is wel dat deze vorm van rechtsvinding verdraaid dicht in de buurt komt van het zoeken naar de ‘hypothetische opvatting van een redelijk denkend mens’.

6.3 De ‘hypothetische opvatting van een redelijk denkend mens’

Kan gezegd kunnen worden dat ‘het hypothetische oordeel van een redelijk lid der samenleving’ de meeste werfkracht zal bezitten? Waarschijnlijk wel. Kunnen wij iets aanvangen met de *maatman* voor het achterhalen van de inhoud van verkeersopvattingen?

Naar mijn mening is dat inderdaad het geval. Daarbij zijn echter wel verschillen te onderkennen tussen het goederen- en verbintenissenrecht.

64 Zie bijv. Haazen 2001, p. 294 en 372; Asser-Hartkamp 4-II, nr. 257; Nieuwenhuis 2007, p. 6 en 11.

65 Haazen 2001, p. 372.

66 Nieuwenhuis 2007, p. 11.

6.3.1 Verkeersopvatting en maatman in het goederenrecht

Het is de verdienste van Wichers dat zij in haar proefschrift duidelijk maakt dat het *perspectief van de derde* voor objectivering – in ieder geval in het kader van de door haar besproken natrekking, vermenging en zaaksvorming – doorslaggevend is.⁶⁷ Meer in het algemeen is de goederenrechtelijke kwalificatie van de aard en omvang van zaken niet afhankelijk van de wil van partijen, maar van de verkeersopvatting die derden er op na houden. Het frame van de fiets trekt het zadel na en niet andersom, hoezeer de leverancier van fietszadels en zijn wederpartij, de koper op krediet, zulks met het oog op een gemaakt eigendomsvoorbehoud, ook zouden bepleiten.

Evenzeer geldt de relevantie van het perspectief van de derde bij het onderscheid tussen bezit en houderschap. De wil van partijen is irrelevant, de verkeersopvatting van derden doorslaggevend. Dit volgt niet alleen uit artikel 3:108 BW, maar ook uit andere regels die wij binnen dit leerstuk hantieren. De houder kan zichzelf bijvoorbeeld niet, door een enkele wijziging van zijn wil, tot bezitter of houder voor een ander maken (art. 3:111 BW):

‘Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht (...)’ [cursivering PM]

De verandering in rechtsverhouding moet kortom naar buiten toe, voor derden, kenbaar zijn. Daar waar het gaat om de goederenrechtelijke kwalificatie van een complex van feiten is de bruikbaarheid van het perspectief van de *objectieve derde* heel duidelijk.

In het goederenrecht lijkt het kortom te gaan om op het perspectief van de objectieve derde op de *kenbare uiterlijke feiten*. Rogmans spreekt in dit verband over vervangbaarheid van de verkeersopvatting door het woordje *kennelijk*.⁶⁸ Hoewel de kenbaarheid of het uiterlijke aspect van de te kwalificeren feiten inderdaad van belang is, geef ik uitdrukkelijk de voorkeur aan het begrip verkeersopvatting boven het woordje kennelijk. Dit omdat uit het woord *opvatting* naar mijn mening – terecht – blijkt dat het begrip steeds een normatief aspect kent. Het woordje *kennelijk* lijkt te verwijzen naar een feitelijk gegeven. Daarvan is mijns inziens echter geen sprake.⁶⁹ Het gaat om de *normatieve opvatting* die leeft met betrekking tot een complex van feiten en omstandigheden.

⁶⁷ Wichers 2002, p. 7, 31, en passim.

⁶⁸ Rogmans 2007, nr. 16.

⁶⁹ Zie daarover par. 4.2 (en uitgebreider hoofdstuk 3 van mijn nog te verschijnen proefschrift). Een andere opvatting is zeer wel mogelijk. Zie bijv. de bijdrage van Zwolve in deze bundel.

6.3.2 Verkeersopvatting en maatman in het verbintenissenrecht

In het verbintenissenrecht is de bruikbaarheid van het perspectief van de *objectieve derde* wat minder evident. Meer dan in het goederenrecht lijkt de rechtsvraag die beantwoord moet worden dan slechts twee partijen te regardereren (de partijen bij de rechtsverhouding of overeenkomst, of de laedens en gelaedeerde). De perceptie van de rest van de wereld lijkt daardoor op eerste gezicht minder relevant.

Toch is het perspectief van de objectieve derde ook bij vragen rondom risicoverdeling relevant. Het gaat immers, ook bij toerekeningsvragen, om de subsumptie van een complex van feiten en omstandigheden onder een bepaald rechtsbegrip, te weten het begrip *toerekenbaar*. Moet aan de onrechtmatige gedraging, de tekortkoming in de nakoming of de dwaling een rechtsgevolg gekoppeld worden? Is de wanprestant of dader aansprakelijk voor de schade? Kan de dwalende de overeenkomst vernietigen? Het gaat daarbij, zoals gezegd, niet om de kwalificatie van de gedraging – als onrechtmatig, tekortkoming of dwaling – maar om het al dan niet daaraan vastknopen van een rechtsgevolg. De verkeersopvatting bepaalt in die gevallen of al dan niet een recht bestaat op schadevergoeding of vernietiging van de overeenkomst. Zij bepaalt bij welke partij het *risico* moet liggen. Bij die risicotoedeling is het perspectief van de objectieve derde bruikbaar. Ook bij beantwoording van vragen van risicotoedeling gaat het immers om wat *men* vindt en niet om wat partijen vinden of wat één rechter vindt.

Het perspectief van de derde is in het verbintenissenrecht niet zozeer – zoals in het goederenrecht – een perspectief op de *uiterlijke feiten*, als wel een perspectief op de *relevante omstandigheden* en de *gewenste*, of liever gezegd *verwachte*, rechtsgevolgen daarvan.

Voor de toerekening van risico's naar verkeersopvatting spelen net zozeer 'gebundelde verwachtingen' een rol als bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in concreto. Die verwachtingen worden onder andere gewekt:⁷⁰

'door het feit dat iemand een bepaalde sociale positie bekleedt.'

Het is dan ook niet verwonderlijk dat Sieburgh in haar proefschrift concludeert dat de 'hoedanigheid van de dader' een belangrijk aanknopingspunt is voor het achterhalen van de verkeersopvatting die geldt bij de toerekening van onrechtmatige daden.⁷¹ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat dit

70 Nieuwenhuis 2007, p. 66.

71 Sieburgh 2000, p. 222-224, met verwijzingen naar andere auteurs die de invloed van de 'hoedanigheid van partijen' hebben benadrukt.

aanknopingspunt bij de toerekening van tekortkomingen in de nakoming niet minder belangrijk.⁷²

De hoedanigheid van partijen is voor derden niet altijd onmiddellijk kenbaar, net zomin als de andere gezichtspunten bij de toerekening van risico's (de inhoud van de rechtshandeling en de aard van de overeenkomst⁷³) dat zijn. Vragen omtrent risicotoerekening moeten dus veelal beantwoord worden aan de hand van omstandigheden die *niet* onmiddellijk voor derden kenbaar zijn.

Zoals ik eerder opmerkte speelt in het verbintenissenrecht de – hypothetische – vraag wat het oordeel van een redelijk lid der samenleving zou zijn omtrent de risicotoedeling in het concrete geval. Daarin ligt besloten dat deze *maatman* wordt verondersteld de specifieke omstandigheden van het geval te kennen, waaronder alle niet onmiddellijk kenbare omstandigheden. Hij moet zijn – hypothetische – oordeel immers vellen aan de hand van het gehele complex van relevante feiten en omstandigheden. In het verbintenissenrecht vindt objectivering van niet evidente verkeersopvattingen dus niet zozeer plaats door aan te knopen bij de kenbare uiterlijke feiten, maar door de hypothetische maatman het gehele scala aan relevante omstandigheden voor te leggen.

7 TOT BESLUIT

Over de maatman en de verkeersopvatting kan na het vorengaande het volgende worden opgemerkt. De *maatman* kan (en zal) niet alleen een rol spelen bij de invulling van gedragsnormen (in het bijzonder zorgvuldigheidsnormen), maar ook bij niet-gedragsnormen. De gedragsnorm en de toerekening van het gedrag vloeien in elkaar over en liggen veelal zeer dicht tegen elkaar aan. De toerekening op grond van schuld is – naar de heersende leer – een toerekening op grond van *verwijtbaar gedrag* en heeft dus alles van doen met de overschrijding van een gedragsnorm. Risicotoerekening krachtens verkeersopvatting betreft de toerekening op grond van omstandigheden, die in meer of minder mate verknoot met het gedrag of persoonsgebonden van aard kunnen zijn.

De *maatman* waarmee de rechtsvinder zijn voordeel kan doen voor de concretisering van de verkeersopvatting is de persoon van de *objectieve derde*. In het goederenrecht gaat het daarbij om het hypothetische oordeel van die derde over de uiterlijke feiten, terwijl in het verbintenissenrecht gezocht wordt naar het hypothetische oordeel van die derde over de rechtsgevolgen die

72 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*) en HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*). Zie over de invloed van de – professionele – hoedanigheid van partijen in het contractenrecht uitgebreid R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen 1994), Deventer: Kluwer 1994.

73 Zie art. 6:75, 6:228, 6:229 en 6:258 BW.

moeten worden verbonden aan de – niet steeds uiterlijk kenbare – omstandigheden van het geval.

Deze maatman in de zin van de ‘hypothetische opvatting van een redelijk denkend mens’ zal vooral dienst doen bij de concretisering van een niet evidente en kenbare verkeersopvatting; kortom bij haar invulling in twijfelgevallen. Voor zover consensus bestaat over de geldende verkeersopvatting zal aan de maatman niet toegekomen worden. De hantering van de maatman bij de invulling van niet-evidente verkeersopvattingen zal vermoedelijk de *werkkracht* van de beslissing vergroten. Met behulp van de ‘geobjectiveerde maatman’ kan worden gewaarborgd dat de verkeersopvatting verwijst naar wat *men* vindt; naar een opvatting die breder gedragen wordt dan alleen door de rechter of – één der – partijen. Daarmee lijkt hantering van deze modelfiguur één van de middelen om te komen tot het vergroten van de kans op *consensus achteraf*.

4 | Stand als maat. De menselijke maat vóór de Verlichting

C.H. Bezemer[■]

1 INLEIDING

Iemand komt naar de markt. Zijn oog valt op een vogel. Zonder het dier goed te bekijken koopt hij het. Thuisgekomen ontdekt hij dat de vogel een wond onder zijn vleugel heeft. Hij spreekt de verkoper erop aan: 'Beste vriend, je hebt me bedrogen. Je wist dat hij een wond onder zijn vleugel had'. Verkoper: 'Ik ben u niets verschuldigd, want de wond was zichtbaar'. Mededelingsplicht voor de verkoper of onderzoeksplicht van de koper? Wat een algemeen en herkenbaar probleem lijkt in het kader van koop en verkoop, krijgt een andere toonzetting als we weten wanneer deze kwestie aan de orde is gesteld. We schrijven Frankrijk omstreeks 1270. Aan het woord is de grote, te weinig bekende jurist Jacques de Revigny († 1296). Hij spreekt over iets dat hij heeft meegemaakt. Hij vertelde het tijdens zijn college over de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken en draaide de zaak om door te vragen: wat is eigenlijk een *niet* verborgen gebrek?¹

'Ik zeg dat ik de stand (*conditio*) van de contractspartijen in ogenschouw neem. Vandaar dat ik zeg dat een stoffenverkoper een eenvoudige student op een andere manier moet inlichten dan iemand die ervaren is in het kopen van stoffen. En bovendien kijk ik naar de manier waarop de te kopen zaak betast en bekeken wordt'.

Dat is het kader waarin Revigny de kwestie plaatst. Hij kijkt bij de beantwoording van de gestelde vraag in eerste instantie naar de maatschappelijke positie van de betrokken partijen. Die is de maat voor de wederzijdse verplichtingen. Een eenvoudige student (*scolaris simplex*) – vermoedelijk wordt hiermee een student bedoeld die nog geen graad heeft behaald – hoeft niet op onderzoek uit te gaan waar dat van een professionele (stoffen)koopman wel verwacht mag worden. Zo ook in het geval van de vogel, dat direct daarop volgt. De koper was waarschijnlijk opnieuw een student, in ieder geval een maatschappelijk hogergeplaatste (let op de manier van aanspreken: 'je' tegen de verkoper, 'u' tegen de koper).

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

1 De Latijnse tekst, die in zijn geheel gezien moet worden, is weergegeven in noot 3.

Zullen we even *havitexen?*, zou tegenwoordig de reactie zijn om vast te stellen wat in dit geval de wederzijdse verplichtingen zijn. En daarbij denk ik in het bijzonder aan de zinswending ‘Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht’.² Hoe lost Revigny het op? Omdat hij hierbij een fijnzinnige redenering volgt om tot een mededelingsplicht voor de verkoper te komen geef ik de volledige tekst:³

‘Ik zeg dat een verkoper die weet heeft (van een gebrek) aansprakelijk is. Daarom bezie ik bij een verkoop hoe de koper onderzocht heeft, of hij de wond onder de vleugel gezien heeft. Want als de verkoper gezien heeft dat de koper de vogel niet onder zijn vleugel heeft bekeken, kon hij weten dat hij (de koper) het gebrek niet kende. En als hij (de koper) niets over een gebrek heeft gezegd, was het duidelijk dat hij dwaalde. Vandaar dat hij (de verkoper) aansprakelijk is: hij had hem (de koper) op de hoogte moeten stellen vanaf het moment dat hij het gebrek kende.’

Men ziet dat Revigny het geval op een ander plan brengt door het te herleiden tot de aan- en afwezigheid van kennis bij de partijen, en de daaruit voortvloeiende verplichting voor de verkoper. Er zit een duidelijk moraaltheologische kant aan de kwestie. Thomas van Aquino († 1274) behandelt haar in zijn theologische Summa (*Secunda secundae* 77,3). Dat wil niet zeggen dat Revigny daaruit geput heeft. Er waren wel meer theologen/filosofen met dit soort vragen bezig, en Aquino was, in tegenstelling tot wat velen tegenwoordig denken, niet de belangrijkste theoloog die toen in Parijs rondliep.⁴ Het betekent evenmin dat de maatschappelijke positie van betrokkenen bij Revigny geen criterium meer is. We zullen zien dat kennis en kunde volgens hem een afgeleide is van die positie. Zo is de ‘maatstudent’ onkundig van handel en

2 Zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Havitex*; m.nt. CJHB) (r.o. 2).

3 Revigny op C. 4,58,1 *Si non simpliciter* (ed. Parijs 1519/repr. Bologna 1967 fo. 207 Ra): ‘Ego vidi dubitari quid diceretur vitium patens. Dico quod ego considero conditionem contractuum; unde dico quod venditor pannorum alio modo debet certiorare scolarem simplicem, alio modo debet certiorare illum qui expertus est in emptione pannorum. Et etiam considero modum tangendi et videndi rem que emitur. Ego vidi semel quod quidam emerat avem habentem sub ala plagam. Dicebat emptor venditori: ‘Amice, tu me decepisti; tu sciebas eam habere plagam sub ala’. Dicit ille: ‘Immo ego non teneor vobis, quia vitium erat patens’. Dico quod venditor sciens tenetur. Unde in venditione ego considero quomodo inspexerit, utrum viderit eam sub ala. Unde si venditor vidit quod emptor non inspiciebat avem sub ala, debuit scire eum ignorare vitium. Unde si non dixerit vitium, patens fuit eum errare. Unde tenetur: debuit enim eum certiorare ex quo sciebat vitium.’ Hoewel ik niet steeds wil wijzen op parallellen met hedendaagse opvattingen, springt in dit geval de overeenkomst in het oog met de opvatting van de Hoge Raad over de verhouding tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht zoals neergelegd in het arrest *Offringa/Vinck* (NJ 1998, 666).

4 Aquino gaat bovendien niet in op de door Revigny aangerode kwestie wanneer je van een zichtbaar of een verborgen gebrek kunt spreken.

krijg. Terwijl de 'maatridder' niets afweet van het recht. Rang en stand bepalen wat van iemand verwacht mag worden.

2 REVIGNY'S VISIE OP MENS EN MAATSCHAPPIJ

Er zijn verschillende uitspraken van Revigny die nog beter doen uitkomen dat het behoren tot een bepaalde stand van invloed is op iemands (privaat-)rechtelijke positie. Zo is er nog een geval waarin hij studenten in bescherming neemt tegen de boze buitenwereld. Het betreft de boeren (*rustici*) die, zo vertelt Revigny, gewoon zijn wijn te verkopen aan studenten. 'Deze boeren weten heel goed dat de aard van de wijn het niet toelaat dat hij tot na Kerstmis wordt bewaard, en als het gebeurt is hij niets meer waard (letterlijk: het water niet waard)'. Een student derhalve die wijn van zo'n boer heeft gekocht en daar niet op gewezen is mag daar niet het slachtoffer van zijn. De wijnboer had hem moeten wijzen op deze eigenschap van de wijn.⁵ In dit geval hoeft Revigny geen redenering op te zetten om de mededelingsplicht van de verkoper te onderbouwen: er is een romeinsrechtelijke tekst die, bij een iets andere casus, de verkoper tot waarschuwen verplicht.⁶

Men ziet dat hier de maatschappelijke positie van partijen niet expliciet wordt aangevoerd, alleen de kwade trouw van de verkoper en de 'onschuld' van de koper. Toch schuilt er eenzelfde gedachte achter als bij de hierboven genoemde gevallen van de stoffenkoopman en de vogelhandelaar.

Dat het niet steeds lukt met privaatrechtelijke middelen studenten voor onheil te behoeden blijkt uit het volgende.⁷ Bij de huur van woonruimte liepen Revigny's studenten het risico voortijdig hun kamers te moeten verlaten. Het gebeurde nogal eens dat studenten die van kanunniken huurden bij het overlijden van de verhuurder zonder pardon op straat werden gezet. Naar Romeins huurrecht is dit juist: de nieuwe kanunnik heeft niets te maken met de huurder van zijn voorganger. Voor alle zekerheid adviseert Revigny zijn studenten dan ook borgen te verlangen van hun verhuurders. Maar hij doet meer. Hij bestrijdt dat deze kanunniken beschouwd moeten worden als (privaatrechtelijke) vruchtgebruikers, en kwalificeert ze als bestuurders en vertegenwoordigers

5 Revigny op C. 4,48,3 *Dolum auctoris* (ed. Parijs 1519/repr. Bologna 1967 fo. 203 Ra): 'Isti rustici vendunt quotidie vina scholaribus; isti rustici bene sciunt naturam vini quod non potest servari ultra natale, et si servetur ultra non valet aquam. Scholaris tale vinum emit a rustico bona fide. Rusticus tacuit naturam vini. Scholaris servavit vinum suum, deinde invenitur penitus inutile. Iste dolus rustici non nocet scolari, rusticus enim debuit ei dicere naturam vini, ut ff. e. l. Si vina que [D. 18,6,16].'

6 De geciteerde tekst zegt dat een verkoper die niet gewaarschuwd heeft dat de verkochte wijn op het moment waarop hij opgehaald zou worden bedorven zou zijn, aansprakelijk is jegens de koper.

7 Zie hierover K. Bezemer, 'The law school of Orleans as school of public administration', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 66 (1998), p. 247-277 (253).

van hun kerk. Naar de toenmalige opvattingen dus als publiekrechtelijke functionarissen met een heel andere positie dan die van vruchtgebruiker alleen.⁸ Daarmee verlaten we alleen het privaatrecht. Er moet nog wel op gewezen worden dat op de achtergrond de visie van de kanonisten meespeelt die de kanunniken als vruchtgebruikers zagen. Het standsaspect ontbreekt hier want zowel de studenten als de kanunniken waren *clerici*.

Dat standsaspect is het opvallendst bij de *milites*. In de romeinsrechtelijke teksten zijn dat soldaten, die onderworpen waren aan bepaalde beperkingen samenhangend met de aard van hun beroep. In de Middeleeuwen werd de term toegepast op de toenmalige ridders, en, via een analogieredenering, eveneens op *clerici*, degenen die tot de geestelijke stand behoorden zonder een hogere wijding als het priesterschap te hebben ontvangen en die geacht werden in geestelijke zin ridder/soldaat te zijn.

Deze transposities gaven aanleiding tot de nodige discussie omdat een Romeinse soldaat een andere maatschappelijke positie had dan een middeleeuwse ridder of *clericus*. Zo konden Romeinse *milites* niet optreden als huurder. De Accursische glosse had al verdedigd dat ridders een stal mogen huren voor hun paarden, en dat het hun geoorloofd is een huis te huren om in te wonen. Revigny voegt hier weinig aan toe.⁹ Omdat de *milites* van de teksten geen borg mochten staan, maakt hij ten behoeve van de middeleeuwse *clerici* een onderscheid tussen overeenkomsten met particulieren en overeenkomsten met de overheid, hij bedoelt de Franse koning. In geval van de laatste soort is borg staan niet mogelijk wegens het grotere gevaar voor de kerkgebouwen en de daarin te houden erediensten.¹⁰ Van belang is het de reden te weten waarom het Romeinse recht het aan een soldaat verbood op te treden als (proces)vertegenwoordiger (*procurator*). Men vreesde misbruik van de fysieke kracht van de soldaat. Ook hier trekt Revigny de angel eruit: de hedendaagse ridder mag sowieso optreden als *procurator* in eigen zaak, dat is als cessionaris,

8 Het is opvallend hoezeer het gedrag van deze kanunniken lijkt op dat van moderne managers die met de hun toevertrouwde ondernemingen omgaan als waren die hun eigendom. Voor enige voorbeelden van de destijds gangbare misbruiken zie K. Bezemer, *Pierre de Belleperche. Portrait of a legal puritan*, Frankfurt/Main 2005, p. 138-142, 145 en 148-149.

9 Revigny op C. 4,65,31 *Milites* (ed. Parijs 1519; repr. Bologna 1967 fo. 211 va): 'Milites ergo non possunt conducere. Numquid stabulum pro equis suis possunt conducere? Dico quod sic. Sed numquid pro habitatione possunt domum conducere? Dicit glosa quod non, ut infra e. l. ult. [C. 4.65,35]. Potest dici quod domum reficiendam non possunt conducere, sed domum habitandam possunt conducere; nisi loqueremini de militibus qui simul habitabant.' Revigny (of zijn *reportator*) geeft de mening van de glosse, die ook een uitzondering maakt voor huur ten behoeve van bewoning, niet correct weer.

10 *Loc. cit.*: 'Dicit hic quod miles non potest fideiubere, nec esse conductor. Sic dico in clericis, nam ista sunt prohibita militi armato, prohibita et clerico. (...) Sic ergo clericus (ed. *male contractus*) non potest fideiubere, ut in aut. de sanctis. epis. § Alienum [Nov. 123,6 *in prin.*]. Nos dicimus quod clericus non potest fideiubere in contractibus publicis, sed in privatis sic. Unde prohibitionem ego intelligo in casibus publicis, quia ibi est maius periculum se obligare fisco vel regi quam privato.'

en bovendien is hij zo gevaarlijk niet meer. Hetzelfde geldt uiteraard voor *clerici*.¹¹ Wat betreft de ridders hangt dit samen met Revigny's kijk op de ridders van zijn tijd (*milites nostri temporis*), die hun bestaan zelden nog vulden met vechten en bovendien vaak krap bij kas zaten. Voor ik daarop kom eerst nog een geval waaraan goed te zien is dat ondanks het afstand nemen van de Romeinse soldaat, de middeleeuwse adel duidelijk een aparte positie innam in het recht.

Het betreft het geval van een adellijke vader die zijn dochter een kasteel geeft onder de voorwaarde dat zij het niet vervreemdt of in leen opdraagt aan iemand. Ze doet het toch, en de vader eist het kasteel op. Revigny stelt dat dit mogelijk is als de vader een allodiaal heer is, dat wil zeggen als hij niemands leenman is. Hij kan dus revindiceren. Interessant is het te zien dat het antwoord anders uitvalt als de betrokkenen *privati* zijn. Dat is de term die Revigny gebruikt voor niet-edelen. Als die een vervreemdingsverbod afspreken, is er geen sprake van goederenrechtelijke werking.¹² Men kan hieruit afleiden dat de (allodiale) adel in een publiekrechtelijke sfeer opereerde en daaraan andere rechtsregels ontleende. Het gaat zelfs zóver dat Revigny zegt geen algemeen antwoord te kunnen geven op de vraag welke romeinsrechtelijke regels aangaande *milites* van toepassing zijn op de ridders van zijn tijd. Het hangt af van de ratio van de afzonderlijke regel, hetgeen aanleiding is in te gaan op de hierboven aangeroerde vragen omtrent vertegenwoordiging.¹³

Een ander aspect komt naar voren als Revigny het heeft over de rechtskennis van de ridders van zijn tijd. Die hadden het, zo moeten wij wel geloven, drukker met het optreden als advocaat dan als militair. Was het eerste het geval dan beschikten zij over kennis van het in wereldlijke rechtbanken toegepaste gewoonterecht. Alleen van echte, zich met het krijgsbedrijf bezighoudende, ridders kon deze kennis niet verwacht worden, zodat zij zich eventueel op rechtsdwaling konden beroepen.¹⁴

Ik roep opnieuw het Haviltex-arrest in herinnering waarin aan de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren ook bepaalde verwachtingen omtrent hun rechtskennis gekoppeld worden. Had Revigny nog meer vooruitziende gaven op dit terrein?

11 Revigny op C. 4,65,35 *Licet* (ed. Parijs 1519; repr. Bologna 1967 fo. 211 vab): 'Sed dico quod (miles) potest constitui procurator in rem suam, et valet cessio; nec est miles potentior illa potentia de qua loquitur in rubrica ne lice. poten. [C. 2,13]. Et quod ego dico de milite idem dico de clerico, quod valet cessio in clericum facta, ut ff. de al. mu. iud. causa fac. l. Cum miles [D. 4,7,11], supra de procur. l. Stipendia [C. 2,12,9].'

12 Voor de details van dit geval verwijs ik naar Bezemer 1998, p. 251-252.

13 Zie K. Bezemer, *What Jacques saw. Thirteenth-century France through the eyes of Jacques de Revigny, professor of law at Orléans*, Frankfurt/Main 1997, p. 104 en 108.

14 Zie K. Bezemer, 'French customs in the commentaries of Jacques de Revigny', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62 (1994), p. 81-112 (109). Hierbij moet aangetekend worden dat het in noot 131 geciteerde commentaar op Inst. 2,11 tegenwoordig wordt toegeschreven aan Revigny's leerling Raoul d'Harcourt, die wel Revigny's visie verwoordt.

3 NOG MEER HAVILTEX EN HET VERVOLG

Voordat bekeken wordt hoe het in het algemeen ging met de door Revigny ontwikkelde standsgebonden criteria, moet een concept genoemd worden dat in de rechtswetenschap is geïntroduceerd door de Orleanese juristen, van wie Revigny er één was, en dat opgenomen is in de hoofdstroom van het middeleeuwse *ius commune*. Het is de uitdrukking ‘gemeenschappelijke manier van spreken’ (*communis usus loquendi*). De reden voor het ontstaan van de uitdrukking wordt gegeven in een disputatie die gehouden werd in Orleans onder leiding van Petrus de Petrisgrossis, een Italiaan die tot op zijn laatst in 1272 aldaar professor was.¹⁵ De vraag was: wat betekent het als iemand zegt dat hij al zijn bezittingen verkoopt? Het was in Frankrijk namelijk gebruikelijk onder ‘bezittingen’ alleen onroerende zaken te verstaan.

De Accursische glosse liet de romeinsrechtelijke betekenis prevaleren, die ook roerende zaken tot de bezittingen rekent. Petrus de Petrisgrossis gaf tijdens de disputatie argumenten om alleen onroerende zaken tot de bezittingen te rekenen. Eerst bij Revigny duikt de term *communis usus loquendi* op die ertoe leidt dat het woord ‘bezittingen’, indien gebezigd door een leek (*rusticus*), in gewoonterechtelijke zin moet worden uitgelegd.

Deze visie keert op andere plaatsen terug in zijn werk. Bijvoorbeeld bij de vraag welke betekenis je moet hechten aan de woorden ‘ik wil verkopen’. Betekent dat daadwerkelijke instemming met de verkoop of slechts de intentie op een later ogenblik tot verkoop over te gaan? Dit is meer dan een grammaticale kwestie. Opnieuw haalt Revigny de Orleanese (zijn?) vinding van stal en zegt dat de grammaticale uitleg geldt tenzij de contractspartijen iets anders bedoelen op grond van een gemeenschappelijke uitdrukkingwijze.¹⁶ Horen wij hier Haviltex opnieuw doorklinken?

Revigny’s sensitiviteit voor de Franse maatschappij van toen komt op diverse andere plaatsen in zijn werk naar voren. Dat wil niet zeggen dat hij alle aspecten van de toenmalige maatschappij billijkte. Hij had echter niet de blindheid voor maatschappelijke verschijnselen die zovele academische juristen kenmerkt. Zolang iets zich bewoog binnen de grenzen van hetgeen hij redelijk vond, was hij bereid er, in de ogen van orthodoxe romanisten soms zeer gekunstelde, argumenten voor te bedenken. Zijn sociologische optiek had tot gevolg dat de gewenste juridische oplossingen niet in abstracto werden bereikt

15 Zie voor het volgende H. van de Wouw, ‘Quaestiones aus Orléans aus der Zeit vor Jacques de Révigny’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 48 (1980), p. 43-56 (54-56).

16 Revigny op C. 4,38,13 *In vendentis* (HS Parijs BN lat. 14350 fo. 412 va/ed. Parijs 1519; repr. Bologna 1967 fo. 199 vb): ‘Unde de vi verborum (ille) qui dicit sic ‘volo vendere’, et ille qui dicit sic ‘volo emere’ non sequitur quod vendat vel emat; nisi habeant contrahentes ex *communi usu loquendi* qui cum ipsi vendebant vel emebant sic loquebantur: ‘volo vendere’, ‘volo emere’, per l. ff. de supell. l. l. Labeo [D. 33,10,7] et ff. de fundo instruc. s. l. Cum delanionis § *Asinam molendinariam* [D. 33,7,18,2].’ (cursief toegevoegd).

maar via het stramien van de toenmalige standenmaatschappij. Er was bijgevolg niet één maatmens, er waren meerdere maatmensen.

Wat was het verdere lot van Revigny's ideeën? Voor enig succes in Italië was zijn jongere collega Pierre de Belleperche (+ 1308) van groot belang. Als die iets overnam van Revigny werd dat doorgaans via de Italiaan Cinus da Pistoia (1270-1337) doorgesluisd naar de grootheden Bartolus (1314-1357) en Baldus (1327-1400), wier werken tot het eind van de *ius commune*-periode werden geciteerd. Revigny's 'ridder van deze tijd' en de 'gemeenschappelijke manier van spreken' bereikten het werk van Cinus en zijn navolgers.

Hoe ging het met het meest belangwekkende geval, dat van de vogelhandelaar (en de stoffenkoopman)? Bij Belleperche is weinig over van Revigny's beeldend gebrachte discussie. Een flauwe afspiegeling van de vogelcasus komt tevoorschijn als hij de vraag stelt wat nu eigenlijk een zichtbaar gebrek is.¹⁷ Van het meewegen van de maatschappelijke positie van de contractspartijen is geen sprake. Dit past bij Belleperche's orthodoxe benadering van het Romeinse recht en zijn hardvochtige houding ten aanzien van bijvoorbeeld horigen en eenvoudige landlieden.¹⁸

Het weinige dat van Revigny's opvatting resteert, belandt bij Cinus.¹⁹ Bij Bartolus ontbreekt een commentaar op de betreffende tekst. Bij Baldus wordt het Orleanese erfgoed verder gekortwiek. Zelfs de, ook door Belleperche verdedigde opvatting, dat, als de verkoper weet heeft van een gebrek en de koper nalatig is in zijn onderzoek van de zaak, de verkoper een mededelingsplicht heeft, wordt afgeserveerd met de woorden 'dat de verkoper niet boosaardig handelt omdat hij aan mocht nemen dat de koper geen dwaas was en wist wat allen weten'.²⁰ *Caveat emptor*.

Als we kijken hoe het elders dan in Italië gegaan is met Revigny's geestes-kinderen, valt het op dat, afgezien van de 'gemeenschappelijke manier van spreken', de overige pogingen het (privaat)recht door een sociologische bril te bezien in de juridische literatuur spoedig verdwijnen. Het gemakkelijkst te volgen is nog 'de ridder van deze tijd' (*miles nostri temporis*). Hij figureert bijvoorbeeld in het tractaat van de Franse advocaat Pierre Antiboul over belastingen (± 1340), waarin gezegd wordt dat ridders alleen fiscale privileges

17 Belleperche op C. 4,58,1 *Si non simpliciter* (HS Cambridge, Peterhouse College 34, fo. 149 rb/HS Florence, Biblioteca Medicea-Laurentiana Plut. 6 sin. 6, fo. 211 vb): 'Quid est illud viciū apparens? Dico: extra corpus est illud quod apparet in loco aperto quod qui inspicit rem potest inspicere. Si avem emat, inspiciat an malum habeat sub ala et tunc emptor regressum habet de emptione nisi venditor ostenderit. Sic intelligo l. all. Ea que [D. 18,1,43].'

18 Zie over het laatste Bezemer 2005, p. 92-93 en 97-98.

19 Zie zijn commentaar op C. 4,58,1 (ed. Frankfurt/Main 1578; repr. Turijn 1964 fo. 272 ra no. 4).

20 Baldus op C. 4,58,1 (ed. Venetië 1599; repr. Goldbach 2004 fo. 129 rb no. 8): 'Tu dic quod venditor non est in dolo, quia presumere debuit quod emptor non erat fatuus sed potius sciret quod omnes scirent. Ideo glosa vera, ut ff. eo. l. Queritur § fi. [D. 21,1,14,9].'

genieten als zij daadwerkelijk hun beroep uitoefenen en niet thuis blijven zitten.²¹ Niet veel later studeerde er in Orleans iemand uit het huidige Nederland die daar kennis heeft genomen van de moderne ridder en er in zijn, later voor de Graaf van Holland geschreven, tractaat over goed bestuur over zegt, dat zelfs als hij (een ridder) zich niet persoonlijk inlaat met huiselijke aangelegenheden, hij toch handelt in strijd met zijn roeping, dat wil zeggen zich inzetten voor het algemeen belang en zich door dagelijkse oefening voorbereiden op de oorlog.²² Deze Nederlander was Philips van Leyden († 1382). Hoewel we niet weten wie zijn leermeester(s) was/waren in Orleans, is het duidelijk dat Revigny's opmerkingen over de ridders van zijn tijd de geesten destijds nog beïnvloedden.

Het is denk ik niet zonder belang erop te wijzen dat het tractaat van Antiboul geciteerd wordt door de Leidse hoogleraar Johannes Voet (1647-1713) in zijn commentaar op de Digesten. Van de gezochte ridder is daar echter geen sprake.²³ Niet zonder reden, zoals zal blijken. Dit is een goede reden – alvorens terug te keren naar de ontwikkelingen in Frankrijk – de aandacht te verleggen naar de Noord-Nederlandse rechtswetenschap om te zien of daar nog iets is blijven hangen van de notie dat verschillen in maatschappelijke positie meegewogen moeten worden in het recht.

Hugo de Groot (1583-1645) is niet de meest aangewezen persoon om ons hierover in te lichten. Hij was teveel een kind van de regentenstand om veel oog te hebben voor maatschappelijke ongelijkheden. Volgens hem is het enige verschil tussen de adel en andere Hollanders dat de eersten gerechtigd zijn tot de hazen/konijnenjacht en dat 'vrijheeren' tevens recht hebben op één hert per jaar.²⁴ Verder ziet De Groot geen juridisch relevante maatschappelijke onderscheidingen.²⁵ Al vóór de Verlichting was de provincie Holland kenmerkend een paradijs van egaliteit.²⁶

Het zijn minder deftige juristen als Simon van Groenewegen (1613-1652) en Simon van Leeuwen (1626-1682) die iets meer laten doorschemeren van de achterliggende sociale werkelijkheid. Ook bij hen, het moet gezegd worden, is dezelfde tendens naar egaliteit aanwezig. Groenewegen is het uitvoerigst en het betreft opnieuw de adel en daarnaast de *milites*. Dat het Hollandse edelen niet verboden is handel te drijven – mits het om niet in eigen persoon

21 Zie A. Gouron, *Doctrine médiévale et justice fiscale*, Pierre Antiboul et son *Tractatus de muneribus*, *Analecta Cracoviensia* VII (Krakau 1975), p. 309-321 (315 en 317); repr. in *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Age*, Londen 1984, no. X.

22 Zie Philippus de Leyden, *De cura rei publicae et sorte principantis*, repr. van de *ed. princeps* van 1516 met een inleiding van R. Feenstra, Amsterdam 1971, fo. 25 rb (casus 36).

23 *Commentarius ad Pandectas* op D. 39,4 (ed. Den Haag 1704, p. 689 no. 9 en p. 698 no. 32).

24 Zie *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* I,14,7.

25 Dit geldt ook voor de stand der geestelijken, en zelfs in grote lijnen voor vreemdelingen. Zie *Inleidinge* I,15 en I,13.

26 Dat deze provincie in dit opzicht een bijzondere positie innam kan niet worden ontkend. Zie b.v. J.I. Israel, *The Dutch Republic. Its Rise, Greatness and Fall 1477-1806*, Oxford 1998, p. 328-360.

bedreven groothandel gaat –, wordt geïllustreerd aan de hand van voorbeelden uit de rest van Europa (o.a. Venetië en Genua).²⁷

In de notitie over C. 4,65,31 *Milites* komen de traditionele vragen over huur, vertegenwoordiging en borgtocht aan de orde. Met de redenen waarom in Holland de romeinsrechtelijke beperkingen niet meer golden.²⁸ Die zijn van een andere aard dan de door Revigny gegevene. De hedendaagse krijgers (*hodierni milites*) zijn namelijk geen ridders meer, maar lieden van weinig aanzien en met een beroerde reputatie. In dat licht moet waarschijnlijk ook een reminiscentie aan de juridische onnozelheid van de (echte) ridder worden gezien. Naar de toenmalige opvattingen (*moribus nostris*) mocht een soldaat zich alleen nog in appèl beroepen op onkunde van het recht.²⁹ Bij Van Leeuwen heb ik alleen een opmerking over het sluiten van koopovereenkomsten door edellieden gevonden. Hij acht deze geoorloofd: waarom edellieden dit ontzeggen terwijl de koophandel ‘de zenuw, de gantsche welvaart van ons Land (= Holland)’ uitmaakt?³⁰ Vinden we bij Groenewegen nog wat sporen van de (middeleeuwse) ridderstand, met Voet doet de *miles* als beroepssoldaat zonder omwegen zijn intrede.³¹ In bepaalde opzichten keren we daarmee terug naar de oorspronkelijke, romeinsrechtelijke betekenis.

Voet is nu de aanleiding terug te keren tot de Franse rechtsgeschiedenis. De reden hiervoor is dat hij mede het voertuig is geweest van een formulering over dwang bij overeenkomsten die nog de sporen draagt van de prerevolutionaire verhoudingen, in de Code civil van 1804 is opgenomen en zo ons oude BW heeft bereikt. Het gaat om de vraag wanneer er sprake is van dwang (*metus*). Het Romeinse recht stelde dat dit het geval is als een ‘zeer standvastig man’ ervoor zou zwichten. Bij Voet is dat een ‘standvastig man’ geworden, en in de Code Civil is het een *personne raisonnable*.³² In het oude BW (1838) werd het een ‘redelijk mensch’.³³ Het huidige wetboek heeft hiervan ‘een

27 Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Leiden 1649, p. 540 (op C. 4,63,3).

28 *Op. cit.*, p. 545/546.

29 *Op. cit.*, p. 413 (op C. 1,18,1).

30 Van Leeuwen, *Het Roomsche Hollandsche recht*, deel II (ed. Amsterdam 1783), p. 124 (no. 11). Anders, want gebaseerd op de situatie in de Duitse gebieden, H. Coing, *Europäisches Privatrecht. Band I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, p. 454 (en Bezemer 2005, p. 92-93 en 97-98).

31 Ik baseer dit op de passages over *milites* in zijn *Commentarius ad Pandectas*. Het ontbrak mij aan tijd om Voet's *De jure militari* (1670) erop na te slaan.

32 Zie hierover R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad/Deventer/Boston 1992, p. 659/660.

33 Art. 1360: 1. Geweld heeft plaats, wanneer hetzelve van zoodanige aard is om op een redelijk mensch indruk te maken, en wanneer het hem de vrees kan inboezemen dat hij zijn persoon of zijn vermogen aan een aanmerkelijk en dadelijk aanwezig nadeel zoude blootstellen. 2. In het beoordelen daarvan, moet men acht slaan op den ouderdom, de kunne en den *stand der personen* (cursief toegevoegd).

redelijk oordelend mens' gemaakt.³⁴ Het is de, zowel in de Code Civil als in het Oude BW gegeven, beoordelingsspecificatie die terugwijst naar een niet-Romeins verleden. Bij het beoordelen of er sprake is van dwang moet rekening gehouden worden met de leeftijd, het geslacht en de 'stand der personen'.³⁵ De Code civil heeft deze specificatie ontleend aan Pothier (1699-1772) en bij Voet is zij ook al te vinden.³⁶ Het is deze als 'subjectief' gekwalificeerde beoordelingsmaat – naast de 'objectieve' Romeinsrechtelijke – die het ongenoegen heeft gewekt van allerlei het Romeinse recht beminnde auteurs.³⁷ Men voelde/voelt haarfijn aan dat we in dit geval te maken hebben met een overblijfsel van de standenmaatschappij die met de Franse Revolutie in juridische zin is afgeschaft. Het door sommigen aangevoerde en (schijnbaar) aan dat soort onderscheidingen ontstegen Romeinse recht dient dan om de vigerende egalitaire opvatting te onderstrepen.³⁸

4 NABETRACHTING

Zo bleef er toch nog iets over van de oude maatvoering met haar verschillende standen. Van de overige door een standenperspectief gekleurde gevallen hadden, althans in de provincie Holland, vele hun betekenis spoedig verloren. De ridder was afgezakt tot een in kwade reuk staande beroepsmilitair. Van een bijzondere (privaat)rechtelijke positie voor de adel was al evenmin veel te bespeuren. Als we willen weten wat er geworden is van Revigny's 'gemeenschappelijke manier van spreken', moeten we kijken naar de regels voor de interpretatie van overeenkomsten die het Oude BW, in navolging van de Code Civil rijk was. Eén van die regels luidde: 'Indien de bewoordingen eener overeenkomst voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, moet men veeleer nagaan welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden' (art. 1379). Een andere: 'hetgeen dubbelzinnig is moet uitgelegd worden naar hetgeen gebruikelijk is in het land of de plaats, alwaar de overeenkomst is aangegaan' (art. 1382). Men ziet: de Haviltex-criteria zijn hierop een aanvulling.³⁹

34 Zie BW 3:44 lid 2. Voor het vergelijkbare begrip 'reasonable man/reasonable person' van de Common Law verwijs ik naar de bijdrage van Zwolve in deze bundel.

35 Zie noot 33.

36 Vgl. Zimmermann 1992, p. 660 n. 71. Pothier verwijst naar de Duitse jurist Brunemann [1608-1672].

37 Zie b.v. Planiol/Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, Tom. II (Parijs 1926), p. 384 (no. 1072). Vgl. Asser/Rutten II, *Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle 1979, p. 132-133.

38 Het huidige BW vangt de functie van de geïncrimineerde beoordelingsmaatstaf op via het ruim geformuleerde 'misbruik van omstandigheden' (BW 3:44 lid 4).

39 En bovenal een afrekening met de in de eerste uitlegregel (art. 1378) neergelegde gedachte dat niet afgeweken mag worden van duidelijke bewoordingen in een overeenkomst. Zie de noot van Brunner bij het Haviltex-arrest (NJ 1981, 635), onder 2.

Zoals Revigny destijds zag dat er veranderingen gaande waren in de positie van de ridder van zijn tijd, zo kunnen wij nu de vraag stellen of criteria als de 'maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren' iets zeggen over veranderingen die nu gaande zijn. Men constateert al langere tijd dát er iets gaande is.⁴⁰ Wat het op de langere termijn zal worden, is moeilijk te zeggen. We zien bepaalde contractspartijen (vroeger de werknemer en de huurder, tegenwoordig in algemenere zin de consument) steeds meer het voorwerp worden van speciale, beschermende regelgeving. Deze tendens zou zich kunnen voortzetten als maatschappelijke verschillen in kennis en macht toenemen. Vooral planetaire ontwikkelingen – om het g-woord even te vermijden – zouden hiertoe op onvoorspelbare wijze kunnen bijdragen. Er is geen garantie dat Europa aan de prettige kant van de verdeling van de aardse rijkdommen blijft vertoeven. Maar ook zonder drastische verschuivingen kunnen binnen Europa de asymmetrieën tussen contractspartijen toenemen. Dan is het goed dat met deze asymmetrieën rekening wordt gehouden. En wel door het meewegen van de factor 'maatschappelijke positie'. Lang leve Haviltex!

40 Met enige slagen om de arm kan dit, in navolging van Sumner Maine, worden weergegeven met 'from contract to status'. Vgl. R. Feenstra/M. Ahsmann, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer 1988, p. 1/2. Zie in het bijzonder de beschouwingen van Smits in *NTBR* 2000, p. 100-108 ('Kroniek: Algemeen overeenkomstenrecht en verrijktingsrecht op de drempel van een nieuwe eeuw').

DEEL II

Bijzondere maatmannen

5 De zorgvuldige bestuurder of commissaris van een NV of BV

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy[■]

1 INLEIDING

Een bestuurder staat tot de vennootschap¹ in een vennootschappelijke betrekking. Deze verhouding is tweeledig: de bestuurder maakt door de aanvaarding van zijn benoeming als bestuurder deel uit van de vennootschap, waardoor de voor deze positie relevante wettelijke en statutaire bepalingen op hem van toepassing zijn en voorts staat hij in een contractuele relatie tot de vennootschap en is in die zin ook wederpartij van de vennootschap. Deze contractuele relatie kan een arbeidsovereenkomst zijn, zie ook artikel 2:131/241 BW en artikel 2:134 lid 3/244 lid 3 BW.² Is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst dan zal de contractuele relatie met de vennootschap kunnen worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht, artikel 7:400 BW.³ De contractuele verhouding die de bestuurder met de vennootschap heeft wordt ingekleurd door de op een bestuurder van toepassing zijnde wettelijke en statutaire bepalingen.

Een van de bepalingen welke op een bestuurder van een vennootschap van toepassing zijn, is artikel 2:9 BW. Ingevolge artikel 2:9 BW rust op de bestuurder de verbintenis zijn taak behoorlijk te vervullen. De hoofdtaak van het bestuur is ingevolge artikel 2:129/239 BW het besturen van de vennootschap. Deze taak dient in het belang van de vennootschap te worden uitgeoefend. Iedere individuele bestuurder heeft als taak aan de taakvervulling door het bestuur bij te dragen.

In het hierna volgende zal blijken dat ingevolge artikel 2:9 BW op de bestuurder, ten aanzien van zijn taakvervulling, een geobjectiveerde inspanningsverbintenis rust. De bestuurder zal voor het antwoord op de vraag of hij tekort is geschoten in de behoorlijke vervulling van zijn taak, vergeleken worden met een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Deze laatste zou de 'maatman' genoemd kunnen worden.

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

1 In deze bijdrage wordt onder vennootschap de in Boek 2 BW bedoelde (grote) naamloze of (grote) besloten vennootschap verstaan.

2 P. van Schilfgaarde/J. Winter (bew.), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 3 en 141.

3 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 143.

Ook voor een commissaris geldt dat deze een tweeledige verhouding met de vennootschap heeft: door de aanvaarding van zijn benoeming maakt de commissaris deel uit van de vennootschap, waardoor de voor deze positie relevante wettelijke en statutaire bepalingen op hem van toepassing zijn en voorts staat de commissaris in een contractuele verhouding tot de vennootschap. Deze contractuele relatie kan worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW).⁴ Voor een commissaris geldt eveneens dat de contractuele verhouding, in welke hij tot de vennootschap staat, wordt ingekleurd door op een commissaris van toepassing zijnde wettelijke en statutaire bepalingen.

De hoofdtaak van de raad van commissarissen is, ingevolge artikel 2:140 lid 2/250 lid 2 BW, het houden van toezicht '(...) op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (...).' Deze taak dient in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te worden uitgeoefend, artikel 2:140 lid 2/250 lid 2 BW.

Ingevolge artikel 2:149/259 BW is artikel 2:9 BW ook van toepassing ten aanzien van de taakvervulling door de raad van commissarissen. Dit betekent dat voor een individuele commissaris, die dient bij te dragen aan de taakvervulling door de raad van commissarissen, sprake is van een geobjectiveerde inspanningsverbintenis. De desbetreffende commissaris zal, bij beantwoording van de vraag of hij tekort is geschoten in de behoorlijke vervulling van zijn taak, vergeleken worden met een commissaris die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Deze laatste zou de 'maatman' genoemd kunnen worden.

2 HERKOMST EN BETEKENIS VAN HET OBJECTIEVE CRITERIUM

Artikel 2:9 BW luidt als volgt:

'Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.'

In 1997 overwoog de Hoge Raad dat voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW vereist is 'dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt' en dat of in een bepaald geval een tekortkoming in de behoorlijke taakvervulling ernstig verwijtbaar is, 'dient te worden beoordeeld aan de hand

4 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 222.

van alle omstandigheden van het geval', tot welke omstandigheden, aldus de Hoge Raad onder meer behoren:

'de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.'⁵

Het zinsdeel 'alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult', geeft aan dat het vereiste van behoorlijke taakvervulling in artikel 2:9 BW is geobjectiveerd.⁶ Een bestuurder dient, kort gezegd, zijn taak te vervullen met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Voldoet een bestuurder niet aan deze norm dan treft hem, in beginsel, een ernstig verwijt en kan hij jegens de rechtspersoon aansprakelijk zijn voor de uit de onbehoorlijke taakvervulling voortvloeiende schade. Op de bestuurder van een vennootschap rust aldus een geobjectiveerde inspanningsverbintenis.⁷

Om een bestuurder een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling te kunnen maken is *niet* vereist 'dat de betrokken bestuurder als zodanig (...) zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekortgekomen, dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen (...).' Een zodanige maatstaf zou volgens de Hoge Raad te beperkt zijn.⁸ Er is met andere woorden geen sprake van een marginale toets op grond waarvan de rechter, eerst wanneer geen redelijk oordelend ondernemer zo zou hebben bestuurd, tot het oordeel dat sprake is van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur over zou kunnen gaan. De rechter heeft aldus de ruimte om te bepalen welk inzicht en welke zorgvuldigheid in de omstandigheden van het geval mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Uiteraard beoordeeld naar het moment waarop de handeling dan wel het nalaten plaatsvond, en, naar ik de Hoge Raad⁹ begrijp, met inachtneming van het uitgangspunt dat het criterium 'ernstig verwijt' beoogt te 'voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.' Aan een bestuurder komt

5 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. Ma (*Staleman en Richelle/Van de Ven c.s.*).

6 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 147-148. Zie ook B.F. Assink en P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijetekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 11.

7 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 148.

8 HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 m.nt. Ma (*SCC/Jaarsma*).

9 HR 20 juni 2008, LJN BC4959 (*Beheer c.s./NOM*).

dus wel een fout-marge toe. Niet elk bestuur dat uiteindelijk nadelig voor de vennootschap blijkt te zijn is ernstig verwijtbaar. Het gaat er bijvoorbeeld om dat de desbetreffende bestuurder niet dan na degelijk onderzoek en op redelijke grond tot de desbetreffende transactie overgaat.

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is evenmin vereist dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid ten aanzien van de onbehoorlijke taakvervulling, ook niet wanneer de desbetreffende bestuurder werknemer van de vennootschap is. Wanneer de bestuurder werknemer van de vennootschap is, is voor het antwoord op de vraag aan welke graad van schuld moet zijn voldaan om aansprakelijk te kunnen zijn, beslissend of sprake is van taakvervulling als bestuurder of als werknemer. Eerst wanneer de bestuurder, die tevens werknemer is, een taak vervult, niet uit hoofde van het zijn van bestuurder maar uit hoofde van het zijn van werknemer, speelt het criterium opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in artikel 7: 661 BW.¹⁰ Denk bijvoorbeeld aan het geval dat een bestuurder van een vennootschap tijdens vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit arbeidsovereenkomst een verkeersongeval veroorzaakt en daarbij schade aan de auto van zijn werkgever toebrengt.¹¹

De reikwijdte van artikel 2:9 BW en daarmee het ernstig verwijt-criterium is, aldus de Hoge Raad,¹² niet beperkt tot vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder voortvloeit uit zijn overeenkomst met de rechtspersoon. Artikel 2:9 BW en daarmee het ernstig verwijt-criterium is, aldus de Hoge Raad, evenzeer van toepassing indien, onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verbintenis met de rechtspersoon, sprake is van een onrechtmatige daad die door de desbetreffende bestuurder bij zijn taakvervulling is begaan.

Artikel 2:9 BW dat de bestuurder tegen aansprakelijkheid voor lichtere fouten (dan ernstig verwijtbare) in zijn taakvervulling beschermt is, aldus de Hoge Raad, eveneens van toepassing wanneer de aan de bestuurder verweten onrechtmatige daad niet bij de taakvervulling is begaan maar daarmee wel in zodanig verband staat dat de strekking van artikel 2:9 BW zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet.¹³ Ontbreekt ook het hier bedoelde verband dan lijkt deze bescherming niet redelijk.¹⁴

Bovenstaande neemt, aldus de Hoge Raad, niet weg dat een bestuurder op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk gesteld kan worden voor een onrechtmatige daad begaan in de uitoefening van zijn taak of een onrecht-

10 HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 (*M/Prickartz q.q.*). Zie ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer (*NBW/S. c.s.*).

11 Zie ook Assink en Olden 2005, p. 13.

12 HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer.

13 HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer.

14 Conclusie A-G Timmerman onder 2.13, voor HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer.

matige daad die daarmee in bovenbedoeld verband staat, maar dat ter bepaling van de aansprakelijkheid de in artikel 2:9 BW neergelegde maatstaf dient te worden gehanteerd.¹⁵

Is de onrechtmatige daad door de bestuurder niet bij zijn taakvervulling begaan en ontbreekt ook laatstgenoemd verband dan is het schuld criterium van artikel 6:162 lid 3 BW gewoon van toepassing.

3 TOEPASSING VAN HET OBJECTIEVE CRITERIUM

Zoals gezegd dient een bestuurder zijn taak te vervullen met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren, als gezegd, volgens de Hoge Raad onder meer:

- de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
- de taakverdeling binnen het bestuur;
- de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen;
- de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.¹⁶

In een latere uitspraak voegt de Hoge Raad¹⁷ daar nog aan toe dat: 'de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is', mede worden ingevuld door 'de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (...).'¹⁸

Het moge duidelijk zijn dat aan de hand van deze criteria niet op voorhand kan worden gezegd in welke gevallen sprake is van ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling.

Als voorbeeld van, in beginsel, ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling kan worden genoemd handelen in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen. De Hoge Raad overweegt dienaangaande:

15 Zie ook P.G.F.A. Geerts/H.E. Boschma, 'Kronieken, Ondernemingsprocesrecht', *TCR*, p. 35-36, P.D. Olden in zijn noot onder HR 2 maart 2007, *JOR* 2007, 137 en J.B. Wezeman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid. Onbehoorlijk bestuur en onrechtmatige daad. Samenloop. Doorwerking criteria art. 2:9 BW', *Ondernemingsrecht* 2007, p. 217-219.

16 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma (*Staleman en Richelle/Van de Ven c.s.*).

17 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 m.nt. J.M.M.Maeijer (*ABN AMRO*).

18 Staatscourant 27 december 2004, nr. 250, p. 35. Deze code is, kort gezegd van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen, zie de preambule.

‘Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.’¹⁹

Ook handelen met tegenstrijdig belang kan tot aansprakelijkheid van een bestuurder voor de daaruit voor de vennootschap voortvloeiende schade leiden. Het is interessant om deze situatie onder de loep te nemen omdat de Hoge Raad voor de onbevoegdheid van een bestuurder om de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen (artikel 2:146/256 BW) recent ook een objectieve maatstaf lijkt te hebben aangenomen. Ingevolge artikel 2:130 lid 1/240 lid 1 BW is het bestuur bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.²⁰ De vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals die aan het bestuur toekomt, komt ook toe aan iedere individuele bestuurder, artikel 2:130 lid 2/240 lid 2 BW. Uit lid 2 van genoemde artikelen volgt voorts dat de bevoegdheid die aan het bestuur of bestuurders toekomt onbeperkt en onvoorwaardelijk is, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Een beperking die uit de wet voortvloeit is te vinden in artikel 2:146/256 BW.

Artikel 2:256 BW (artikel 2:146 BW is identiek, met dien verstande dat in plaats van vennootschap wordt gesproken van naamloze vennootschap) luidt als volgt:

‘Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

De Hoge Raad²¹ overweegt dat de strekking van artikel 2:256 BW is te voorkomen dat een bestuurder zich bij zijn handelen ‘(met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen (...)’ De bepaling strekt, aldus de Hoge Raad, in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap en

19 HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*).

20 Lid 1 van artikel 2:130/240 BW bepaalt dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Deze beperking ziet op de situatie waarin vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbreekt, bijvoorbeeld in het geval van benoeming van bestuurders.

21 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bruil-Kombex/Bruil-Arnhem*).

ontzegt de bestuurder de bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen wanneer hij:

‘door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht’, terwijl voor de toepassing van art. 2:256 BW niet is vereist dat ‘zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden’, doch voldoende is ‘dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.’²²

Voorts overweegt de Hoge Raad dat de vraag of een tegenstrijdig belang bestaat slechts kan worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval.²³

Ten aanzien van vertegenwoordiging door een bestuurder natuurlijk persoon, tevens aandeelhouder, van meerdere vennootschappen die met elkaar in een groep verbonden zijn, overweegt de Hoge Raad dat niet spoedig sprake van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 BW zal zijn. Waar, aldus de Hoge Raad, voldoende duidelijk is dat ook zonder een van artikel 2:256 BW afwijkende regeling in de statuten, de afweging van de belangen van de betrokken vennootschappen en de daaraan verbonden onderneming ‘in groepsverband aan de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder is toevertrouwd teneinde de desbetreffende rechtshandeling(en) aan te gaan, zal art. 2:256 niet zonder meer toepassing mogen vinden op grond van het enkele feit dat de bestuurder de belangen van twee onderscheiden vennootschappen heeft behartigd.’

Voorts overweegt de Hoge Raad dat een beroep op artikel 2:256 BW slechts zal kunnen slagen wanneer ‘een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(en) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(en) en de daaraan verbonden onderneming

22 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. J.M.M. Maeijer en in nagenoeg dezelfde bewoordingen HR 29 februari 2008, NJ 2008, 144 (*Café Bar Caribbean/Licores Maduro*). Volgens HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570 m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO Bank NV/J.B. Dijkema q.q.*) zal de vennootschap de uit artikel 2:256 BW voortvloeiende onbevoegdheid van haar bestuurder aan derden kunnen tegenwerpen ‘indien de tegenstrijdigheid tussen het belang van de vennootschap en dat van de betrokken bestuurder(s) ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn.’

23 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. J.M.M. Maeijer.

met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden.²⁴ Deze overweging geeft volgens Maeijer²⁵ aan dat de hiervoor genoemde norm, dat sprake is van onbevoegdheid tot vertegenwoordiging wanneer de bestuurder te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het besluitvormingsproces van de bestuurder betreft. Voorts stelt Maeijer: 'In wezen is die norm een heilzame concretisering van hetgeen ingevolge art. 2:8 en 9 lid 1 BW van de bestuurder in het algemeen mag worden verwacht.'

Gesteld zou aldus kunnen worden dat wanneer een bestuurder zich ingevolge deze norm van de desbetreffende handeling had behoren te onthouden, maar dat niet heeft gedaan en daardoor schade voor de vennootschap ontstaat, aansprakelijkheid van de bestuurder voor deze schade wegens ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur kan bestaan. In dat geval heeft de bestuurder immers in beginsel niet met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult mogen worden verwacht, gehandeld.

De schade voor de vennootschap kan bijvoorbeeld hierin bestaan dat de vennootschap in verband met een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de desbetreffende bestuurder, de nodige kosten voor rechtsbijstand heeft moeten maken.

Dat aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW kan bestaan wegens handelen met tegenstrijdig belang is bovendien van belang wanneer het bestaan van tegenstrijdig belang geen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid meer zou opleveren (en voor de vennootschap aldus een voor haar nadelige verbintenis kan ontstaan) maar slechts een beperking van de bevoegdheid om aan de besluitvorming deel te nemen.

Dit wordt voorgesteld in het wetsvoorstel 'Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen'.²⁶ De artikelen 2:146/256 BW zouden volgens dit voorstel moeten vervallen en daarvoor in de plaats

24 HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420. W.J.M. van Veen & T.H.M. van Wechem, 'Belangenverstrengeling in het vennootschapsrecht en bij opdracht', *VrA* 2007/3, p. 49-51, merken op dat de Hoge Raad door de woorden 'zich niet in staat had mogen achten' lijkt te zijn overgestapt op een subjectieve maatstaf. De auteurs merken daarbij op dat de overweging van de Hoge Raad op dit punt mogelijk als een 'slip of the pen' moet worden aangemerkt daar met het standpunt dat aan de artikelen 2:146/256 BW een beschermingsgedachte ten grondslag ligt niet goed verenigbaar is een van de beleving van de betrokken bestuurder afhankelijke maatstaf.

25 J.M.M. Maeijer in zijn noot onder HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420. Vergelijk ook A.F.J.A. Leijten in zijn noot onder HR 29 juni 2007, *JOR* 2007, 169 en S.M. Bartman in zijn noot onder HR 29 juni 2007, *JOR* 2007, 169.

26 Zie <<http://www.justitie.nl/onderwerpen>>.

zou aan de artikelen 2:129/239 BW een lid 5 en een lid 6 moeten worden toegevoegd luidende:

‘5. Bij de vervulling van zijn taak richt het bestuur zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.’

‘6. Een bestuurder neemt niet deel aan de besluitvorming over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen of als die er niet is de algemene vergadering. De statuten kunnen ten aanzien van het in de laatste volzin bedoelde geval anders bepalen.’

Wanneer een bestuurder in strijd met deze bepaling toch deelneemt aan de besluitvorming zal dat in beginsel niet aan de totstandkoming van een verbintenis voor de vennootschap in de weg staan. Het verbod aan de besluitvorming deel te nemen betreft immers geen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Wel zal deelname aan de besluitvorming ondanks het verbod in beginsel ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur opleveren en de bestuurder mogelijk aansprakelijk doen zijn voor de schade die, tengevolge van een op deze besluitvorming gebaseerde transactie, voor de vennootschap ontstaat. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer deze transactie door de overige bestuurders niet of niet onder dezelfde voorwaarden namens de vennootschap zou zijn aangegaan indien zij op de hoogte waren geweest van het tegenstrijdige belang.²⁷

Opgemerkt dient nog te worden dat het voorgestelde lid 6 wat ruim lijkt te zijn opgesteld. Het woord ‘indien’ in de eerste zin dient mijns inziens te worden vervangen door ‘ten aanzien waarvan’. Het is toch, zo lijkt mij, niet de bedoeling dat een bestuurder ook niet mag deelnemen aan de besluitvorming wanneer een onderwerp aan de orde is ten aanzien waarvan voor hem geen tegenstrijdig belang bestaat.²⁸ Vergelijk in dit verband ook *best practice* bepaling II.3.3 van de Nederlandse corporate governance code waar wordt bepaald dat een bestuurder niet aan de discussie en de besluitvorming deelneemt over een onderwerp of transactie waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft.

27 MvT bij Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, zie <<http://www.justitie.nl/onderwerpen>>.

28 Zie ook Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstreking en informatievergaring in het kader van de toezichhoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 4-5.

4 COMMISSARISSEN

In het voorgaande is met name gesproken over de positie van bestuurders. Ook op commissarissen is, als gezegd, ingevolge artikel 2:149/259 BW, art. 2:9 BW van toepassing en rust de, onder 2, besproken geobjectiveerde inspanningsverbintenis.

De hoofdtak van de raad van commissarissen is verwoord in art. 2:140 lid 2/250 lid 2 BW. Deze taak betreft het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

Art. 2:140 lid 2/250 lid 2 BW luidt als volgt:

‘De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.’

Een individuele commissaris dient bij te dragen aan de taakvervulling door de raad van commissarissen. De commissaris dient, kort gezegd, zijn taak te vervullen met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een commissaris die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

In dit verband is interessant het volgende voorbeeld waarin de vraag speelt in hoeverre commissarissen zich, in verband met tegenstrijdige belangen, van besluitvorming zouden moeten onthouden. Ook voor dit geval heeft de Hoge Raad een objectieve norm gecreëerd.²⁹

In het hierna te behandelen geval speelt de Nederlandse corporate governance code een rol.³⁰

Best practice bepaling III.6.2 van deze code bepaalt dat een commissaris niet deelneemt ‘aan de discussie en de besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij deze commissaris een tegenstrijdig belang heeft.’ Uit *practice* bepaling III.2.2 aanhef en onder f zou kunnen worden afgeleid dat aan de voornoemde bepaling niet hoeft te worden voldaan wanneer het een commissaris van een groepsmaatschappij betreft.³¹ Dit is echter niet zonder meer het geval. Of door een groepsmaatschappij van de in III.6.2 bedoelde

29 HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel*).

30 Staatscourant 27 december 2004, nr. 250, p. 35. Deze code is, kort gezegd van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen, zie de preambule.

31 *Best practice* bepaling III.2.2 aanhef en onder f bepaalt dat een commissaris onder andere niet als onafhankelijk geldt wanneer deze ‘bestuurder of commissaris is bij of anderszins vertegenwoordiger is van een rechtspersoon welke ten minste tien procent van de aandelen in de vennootschap houdt, tenzij het gaat om groepsmaatschappijen’.

eisen kan worden afgeweken is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad.³²

Het oordeel van de OK dat sprake is van zodanige omstandigheden dat, in verband met de aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders die weinig invloed kunnen uitoefenen op het beleid van de vennootschap, de eisen die in het algemeen gesteld worden aan het toezichthoudende orgaan van de rechtspersoon blijven gelden, ook al is sprake van een groepsmaatschappij getuigt, aldus de Hoge Raad, niet van een onjuiste rechtsopvatting.

Voor het aannemen van tegenstrijdige belangen in een geval als het onderhavige, is, aldus de Hoge Raad, voldoende:

‘dat de betrokken commissarissen te maken hebben met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (...).’³³

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat voor commissarissen de norm geldt dat zij zich, kort gezegd, ten aanzien van het desbetreffende onderwerp van besluitvorming onthouden indien zij met zodanig onverenigbare belangen te maken hebben dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming en dat of een tegenstrijdig belang bestaat, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Wanneer een commissaris zich ingevolge deze norm van besluitvorming had behoren te onthouden, maar dat niet heeft gedaan, treft hem, in beginsel, een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling. Hij heeft dan immers, in beginsel, niet met het inzicht en de zorgvuldigheid gehandeld die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een commissaris die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Voor de uit deze normovertreding voortvloeiende schade kan een commissaris op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn.

Alhoewel de corporate governance code, kort gezegd, op beursgenoteerde vennootschappen van toepassing is, geldt het hier besprokene, mijns inziens, ook voor commissarissen van een besloten vennootschap. Steun daarvoor is te vinden in het hiervoor besproken wetsvoorstel waarin wordt voorgesteld zowel aan artikel 2:140 BW als artikel 2:250 BW een lid 5 toe te voegen waarin wordt bepaald dat een commissaris niet aan de besluitvorming deelneemt over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

32 HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel*).

33 HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel*).

5 CONCLUSIE

Wanneer een bestuurder of commissaris als gevolg van zijn onbehoorlijke taakvervulling schade voor de vennootschap veroorzaakt, kan hij jegens de vennootschap op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn. Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW omvat zowel vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder/commissaris voortvloeit uit zijn overeenkomst met de rechtspersoon als vorderingen – wanneer onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verbintenis sprake is van een onrechtmatige daad – op grond van onrechtmatige daad.

Voorts geldt dat artikel 2:9 BW ook van toepassing is wanneer de onrechtmatige daad niet bij de taakvervulling is begaan maar daarmee in zodanig verband staat dat de strekking van artikel 2:9 BW zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet.

Dit neemt niet weg dat een bestuurder/commissaris door de vennootschap op de grondslag van artikel 6:162 BW aansprakelijk gesteld kan worden voor een onrechtmatige daad begaan in de uitoefening van zijn taak of een onrechtmatige daad die daarmee in bovenbedoeld verband staat, maar dat ter bepaling van de aansprakelijkheid de in artikel 2:9 BW neergelegde maatstaf dient te worden gehanteerd. Deze maatstaf is, zoals in deze bijdrage is besproken, dat de bestuurder/commissaris eerst aansprakelijk kan zijn wanneer hem een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling of van de onrechtmatige daad die met de taakvervulling in zodanig verband staat dat artikel 2:9 BW zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet, treft.

Of een bestuurder/commissaris een ernstig verwijt treft hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij geldt dat aansprakelijkheid eerst kan bestaan indien de bestuurder/commissaris niet heeft gehandeld met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een bestuurder/commissaris die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

De bestuurder/commissaris wordt voor het antwoord op de vraag of hem een ernstig verwijt treft, aldus vergeleken met wat we zouden kunnen noemen de maatman bestuurder/commissaris.

6 | Aansprakelijkheid met mate bij ondernemingsvoortzetting door de bewindvoerder in het voorontwerp insolventierecht

B. Wessels[■]

1 INLEIDING

In november 2007 is het door de Commissie Insolventierecht ontworpen Voorontwerp Insolventiewet gepubliceerd.¹ Het Voorontwerp heeft in navolging van de Duitse insolventiewetgeving in zijn tekst het doel van een insolventieprocedure opgenomen. Artikel 1.1.2 ('Doel') luidt:

'Een insolventieprocedure strekt tot tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden.'

Ten opzichte van het huidige recht schuilt het novum in de tweede zin: 'Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden', hetgeen volgens de Toelichting betekent 'voortgezet.' De Toelichting:²

'Dat het belang van de schuldeisers voorop wordt gesteld, houdt geen principiële keuze in voor liquidatie van het vermogen van de schuldenaar boven reorganisatie van de schuldenpositie van de schuldenaar. Waar dat vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is, dient het insolventierecht ruimte te bieden voor reorganisatie.'

De achterliggende maatschappelijk-politieke filosofie van het adagium 'ondernemingsvoortzetting' wordt in de Toelichting niet beschreven. De gedachte

■ B. Wessels is hoogleraar internationaal insolventierecht, Universiteit Leiden; Adjunct Professor Comparative and International Insolvency Law, St. John's University School of Law, New York. Wessels is lid van de Commissie Insolventierecht. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 Voor de tekst van het Voorontwerp en de daarbij behorende Toelichting, zie de website van het Ministerie van Justitie <www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet> of de website van de auteur van deze bijdrage <www.bobwessels.nl> blog document 2007-11-doc2. Ik maak hier gebruik van: S.C.J.J. Kortmann/N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Serie Onderneming en Recht, deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007 (hierna: *Gesch. Voorontwerp*).

2 *Gesch. Voorontwerp*, p. 137.

is dat in de gevallen waarin reorganisatie van de onderneming van de schuldenaar vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is reorganisatie van een onderneming of een deel daarvan mogelijk moet zijn, voor zover deze mogelijk en economisch verantwoord is 'zonder nadeel van betekenis voor de gezamenlijke schuldeisers.' Op de uitwerking in het Voorontwerp kom ik hierna terug, maar ten opzichte van de huidige insolventiepraktijk is het duidelijk dat van de bewindvoerder (de voorgestelde nieuwe benaming voor 'curator' in faillissement) méér dan thans wordt gevergd aangaande de mogelijkheid van voortzetting van een onderneming en de beslissingen die daarmee verband houden. Deze gewijzigde positie roept de vraag op of de bewindvoerder voldoende voor zijn (nieuwe) wettelijke taken is geëquipeerd. Hij of zij heeft veelal een juridische opleiding en achtergrond, die meestal niet voldoende in staat stelt om, zonder assistentie van derden, beslissingen te nemen uitgaande van een afgewogen oordeel over hetgeen 'vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is' voor de onderneming van de insolvente schuldenaar. Opleiding en ervaring staan in deze bijdrage echter niet centraal. Wél staat centraal de vraag of de huidige regeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator voldoende op de vernieuwde rol is toegesneden, en zo niet, welke andere norm daaraan dan wel voldoet. De centrale vraag die in deze bijdrage aan de orde wordt gesteld is of het wenselijk is in de toekomst de werkzaamheden van de insolventiebewindvoerder, die een reorganisatie doorvoert, te toetsen aan een andere maatpersoon, een andere *imaginary third man*.³

Daartoe ga ik eerst in op de huidige rechtsleer aangaande de aansprakelijkheid van de curator en het verschil in de aansprakelijkheid van de curator q.q. en die *pro se* (par. 2), de normen die voor beide in de rechtspraak zijn ontwikkeld (par. 3 en 4) en de grondslag van de persoonlijke aansprakelijkheid (par. 5). Nadat enige aan de persoon van de mogelijk aansprakelijke gestelde vaardigheden zijn toegelicht (par. 6), ga ik in op de vraag óf, en zo ja in hoeverre beide normen voor aansprakelijkheid q.q. en *pro se* verschillen (par. 7). Vervolgens wordt het vizier gericht op het voorzetten van een onderneming in een situatie van insolventie (par. 8), wat meer in het bijzonder in het Voorontwerp van de bewindvoerder wordt gevergd (par. 9), om ten slotte bij de centrale vraag uit te komen (par. 10). Het artikel sluit af met een conclusie.

2 AANSPRAKELIJKHEID VAN DE FAILLISEMENTS-CURATOR

De curator die in een faillissement is aangesteld om zijn wettelijke taak van het beheren en vereffenen van de boedel uit te oefenen (art. 68 lid 1 Faillissementswet (Fw)) kan aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen van een

3 Vergelijk Elena Barnert, *Der eingebildete Dritte. Eine Argumentationsfigur im Zivilrecht*, Mohr Siebeck 2008.

onvoldoende adequate vervulling van die taak. Rechtens dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de mogelijke aansprakelijkheid van de curator q.q., derhalve in diens hoedanigheid als curator, en zijn aansprakelijkheid *pro se*, dus zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Het onderscheid tussen aansprakelijkheid van de curator q.q. en de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator is om meerderlei redenen van belang. Ik noem de volgende:

- i) de aansprakelijkheid q.q. is een aansprakelijkheid van de faillissementsboedel. De curator bindt met zijn handelingen de boedel en er ontstaat bij het intreden van deze vorm van aansprakelijkheid een boedelschuld. Bij de aansprakelijkheid *pro se* gaat het om de vraag of de curator – al dan niet naast de boedel – met zijn eigen privévermogen voor zijn handelingen dient in te staan;⁴
- ii) de vraag of de gedragingen van een curator q.q. een onrechtmatige daad vormen die aan de boedel toegerekend wordt, wordt getoetst aan de normale onrechtmatige daads-vereisten van art. 6:162 BW. Het gaat dan om de curator die bij de uitoefening van zijn taak in zijn hoedanigheid aan het maatschappelijke verkeer deelneemt, waarbij hij zich dient te houden aan de normen en regels die in dat verkeer gelden. Voor de beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator geldt sinds HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, als maatstaf dat

‘een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mocht worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’

Ik kom op dit arrest terug, alsmede op de vraag naar de verhouding tussen de laatste maatstaf en de zorgvuldigheidsnorm die in art. 6:162 BW besloten ligt;

- iii) de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid (van de Nederlandse Orde van Advocaten) heeft mede betrekking op werkzaamheden als faillissementscurator. Een advocaat mag zich van aansprakelijkheid vrijtekenen voorzover de desbetreffende beroepsaansprakelijkheidsverzekering geen aanspraak op uitkering geeft. Omdat een contractuele betrekking tussen de curator en bijvoorbeeld de schuldeisers, de schuldenaar en de rechtbank ontbreekt is contractuele beperking van aansprakelijkheid niet goed voorstelbaar.⁵ De vraag is zelfs of een vorm van aansprakelijkheidsbeperking wel past bij de vervulling van een ‘neutraal’ gerechtelijk bewindvoerschap, welke functie veel weg heeft van die van een bestuursorgaan in

4 Een vordering ingesteld tegen de curator q.q., maar die betrekking heeft op de aansprakelijkheid *pro se*, is niet ontvankelijk, zie Rb. Arnhem 23 februari 2005, LJN AT2862.

5 Vergelijk J.G. Princen, ‘De aansprakelijkheid van de curator’, in: *Capita selecta Insolventierecht*, Praktijkboek Insolventierecht, deel 6, Deventer: Kluwer 2007, p. 118.

de zin van de Algemene wet bestuursrecht.⁶ Een curator-niet-advocaat is geen ‘rechterlijk ambtenaar’. Hij kan geen beroep doen op art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren,⁷ dat als hoofdregel kent dat voor schade die een rechterlijk ambtenaar bij de vervulling van zijn taak aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk is. Hij zal zijn mogelijke q.q. aansprakelijkheid in een afzonderlijke verzekering dienen (bij) te verzekeren. De aansprakelijkheid *pro se* kan een onderwerp vormen van een te sluiten particuliere verzekering.

3 AANSPRAKELIJKHEID IN KWALITEIT

De curator is weliswaar ‘neutraal’ gerechtelijk bewindvoerder, die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers de onder faillissementsbeslag liggende goederen van de gefailleerde beheert, maar zijn handelen wordt in het maatschappelijk verkeer aangemerkt als handelen van de boedel. De boedel – dus het vermogen van de gefailleerde – is aansprakelijk voor onrechtmatige daden door de curator in zijn hoedanigheid verricht. Alle daden van de curator in deze hoedanigheid verricht, ook de onrechtmatige, worden toegerekend aan de failliete boedel. Van een onrechtmatige daad, die een boedelschuld oplevert welke ten laste van het faillissementsvermogen komt, is sprake indien de normen die in het maatschappelijk verkeer aan haar deelnemers worden gesteld, worden overtreden. Dit is al lang vaste rechtspraak.⁸ In het arrest HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 m.nt. WMK (*Sigmacon II*) wil de Hoge Raad niet weten van een zwaardere zorgvuldigheidsnorm die hij beschouwt als

‘(...) een strengere maatstaf (...) dan aan de algemene regels betreffende onrechtmatige daad kan worden ontleend’ en dat het ook ‘niet ter zake (doet) of de curatoren met het oog op de belangen van de boedel verdedigbaar hebben gehandeld’.

Ook in het hierna besproken arrest van de Hoge Raad van 19 december 2003⁹ wordt de gewone zorgvuldigheidstoets van art. 6:162 BW aangelegd. Het gaat om de volgende zaak. In het faillissement van Mobell B.V., uitgesproken op 25 juni 1997, worden twee curatoren benoemd en er is een afkoelingsperiode afgekondigd (art. 63a Fw) om te onderzoeken of een doorstart van het bedrijf mogelijk is. Gedurende de loop van de afkoelingsperiode verkopen de curatoren

6 Over zijn positie, zie: B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht*, Afscheidrede VU Amsterdam, 2008, zie <<http://hdl.handle.net/1871/12787>>.

7 Wet van 29 november 1996, *Stb.* 590.

8 Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1931, NJ 1931, p. 1353 e.v.; HR 21 februari 1992, NJ 1992, 321.

9 HR 19 december 2003, L/JN AN7817; JOR 2004, 61 m.nt. Van Hees; AA 2004, p. 178 e.v. m.nt. Vriesendorp; NJ 2004, 293 m.nt. PvS; Keirse en Verstijlen, *NTBR* 2004, p. 396 e.v.

aan een derde partij, UTB Handelsonderneming BV (hierna: 'UTB'), voorraden, waaronder rollen textiel, waarvan zij weten dat een ander (BV Interplan Import-export Woontextiel, hierna 'Interplan') daarop een eigendomsvoorbehoud heeft. In de overeenkomst met koper UTB wordt de clause opgenomen, dat alle voorraden van Mobell worden verkocht en geleverd '(...) voor zover deze zaken geen eigendom zijn van derden, bijvoorbeeld op grond van (uitgebreide) eigendomsvoorbehouden'. UTB verkoopt vervolgens deze goederen aan derden. Interplan, eigenaar van de rollen textiel, blijft achter met onvoldane facturen van naar huidige valuta ruim € 33.000,- en spreekt de curatoren aan. Het hof maakt de curatoren het verwijt dat zij de belangen van Interplan als separatist hebben tekort gedaan door de aan Interplan toebehorende zaken in de feitelijke macht van koper UTB te brengen zonder zich tevoren ervan te vergewissen of Interplan daarmee instemde. De Hoge Raad overweegt dat aan de orde is een vraag van aansprakelijkheid van de curator in zijn hoedanigheid, en niet zijn privé-aansprakelijkheid: 'De handelwijze van de curatoren dient derhalve getoetst te worden aan de maatstaven van art. 6:162 BW'. De gewone onrechtmatigheidsnorm vooropstellend overweegt de Hoge Raad aangaande het oordeel van het hof:

'Weliswaar kan het onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn dat een curator de voorrang geeft aan zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers, waaronder separatisten, doch het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat erop neerkomt dat in dit geding niets gesteld of gebleken is dat die rechtvaardiging kan opleveren. Het door de curatoren ingeroepen belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement, waarnaar het onderdeel verwijst, behoort, naar het hof kennelijk en terecht heeft aangenomen, in zijn algemeenheid echter niet tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard als bedoeld in HR 19 april 1996, nr. 15944, NJ 1996, 727. Hiervan uitgaande heeft het hof, (...), kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de curatoren de afweging van de belangen van Interplan als eigenares van de zaken en die van Interplan als belanghebbende bij een voortvarende afwikkeling van het faillissement aan haar zelf hadden dienen over te laten en dat zij niet, in plaats daarvan, de zaken aan UTB uit handen mochten geven zonder haar voorafgaande toestemming. Daarom is evenmin onbegrijpelijk dat het hof in de door de curatoren met UTB gesloten overeenkomst kennelijk niet een voldoende waarborg van de belangen van Interplan heeft gezien.'

Ik begrijp de verwijzing van de 'rechtvaardiging' die gelegen kan zijn in zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard (waartoe het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement 'in zijn algemeenheid' echter

niet behoort) als een verwijzing naar de rechtvaardingsgrond bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW, welke het onrechtmatigheidskarakter van de daad wegneemt.¹⁰

4 PERSOONLIJKE AANSPRAKELIJKHEID

Met persoonlijke aansprakelijkheid van de curator wordt bedoeld op een persoonlijke onzorgvuldigheid. De aan de curator in privé gestelde norm stemt niet overeen met de door hem in zijn hoedanigheid (q.q.) in acht te nemen normen. In 1933 hanteert de Hoge Raad een in negatieve zin geformuleerde zorgvuldigheidsnorm: een curator is slechts dan tegen aansprakelijkheid gevrijwaard, '(...) wanneer hij de hem toevertrouwde belangen naar behoren heeft waargenomen'.¹¹ In 1996 overweegt de Hoge Raad dat een curator, ook al oefent hij het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep uit, bij het vervullen van zijn taak als curator niet als beoefenaar van dat beroep optreedt. De Hoge Raad onderkent drie bijzondere kenmerken van de taak van een curator: (a) hij staat niet in een contractuele betrekking tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, (b) hij moet bij het uitoefenen van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen behartigen, en (c) hij behoort bij het nemen van beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen leiden – óók rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Volgens de Hoge Raad¹² brengen deze

'(...) bijzondere kenmerken van de taak van de curator (...) mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht'.

De laatst aangehaalde zinsnede wordt ook wel de Maclou-norm genoemd. De door de Hoge Raad geformuleerde norm is sindsdien vaste rechtspraak.¹³

10 Kennelijk in deze zin ook Hof Arnhem 20 februari 2007, *LJN* BA0367, *JOR* 2007, 129, door te beslissen dat het door de curator niet gestand willen doen van een verbintenis tot teruggave van de economische eigendom van een zaak (art. 37 Fw), geen onrechtmatigheid gedrag is. De derde kan de vordering ter zake van de koopsom dan wel de schadevergoedingsvordering na ingeroepen ontbinding ter verificatie indienen, aldus het hof.

11 Zie HR 26 mei 1933, *NJ* 1933, p. 870 e.v. m.nt. EMM.

12 Zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 m.nt. WMK; *JOR* 1996, 48 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Maclou en Prouvost*).

13 Zie onder meer Gem. HvJ Ned. Ant. en Aruba 25 februari 1997, *Njkort* 1997, 25; HR 27 november 1998, *JOR* 1999, 72 m.nt. Kortmann; *NJ* 1999, 685 m.nt. PvS; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2004, *JOR* 2004, 255; Rb. Arnhem 21 juli 2004, *JOR* 2004, 333; Rb. Arnhem 21 juni 2006, *LJN* AY5385; Rb. Almelo 18 oktober 2006, *JOR* 2007, 56; Hof Arnhem 20 februari 2007, *JOR* 2007, 129; Hof Leeuwarden 28 december 2005, te kennen uit HR 18 januari 2008, *LJN*

In de rechtspraak wordt de Maclou-norm ook gehanteerd ten opzichte van de bewindvoeder in de surseance.¹⁴ Hieraan voegt Rb. Maastricht 27 oktober 2003, *LJN AN9013*, toe dat daarbij de speciale positie van de bewindvoeder bij een surseance van betaling in aanmerking moet worden genomen:

‘de bewindvoeder neemt de bedrijfsvoering van de schuldenaar niet over, terwijl surseance gericht is op instandhouding van de onderneming in een periode van financiële moeilijkheden; negatieve resultaten betekenen niet zonder meer dat de bedrijfsvoering moet worden gestaakt.’

5 GRONDSLAG PERSOONLIJKE AANSPRAKELIJKHEID

De Faillissementswet kent niet een op de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator toegesneden aansprakelijkheidsbepaling. De norm die de Hoge Raad aanlegt, te weten

‘(...) dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’

wijkt af van die welke gangbaar is als zorgvuldigheidsnorm voor beroepsbeoefenaren (‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’). De literatuur is niet eensgezind in de opvatting of het verschil in bewoordingen niet veel meer is dan een woordenspel.¹⁵ Ik zou menen dat de Hoge Raad enkele gezichtspunten tracht aan te geven die pogen het typische van de curatorentaak te verbinden met genoemde algemene zorgvuldigheidsnorm. De rechter richtte zich niet op de persoon van de curator, maar op het vergelijkingstype (de ‘modelcurator’), te weten ‘een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht’.¹⁶ Hetgeen aan het ‘type’ mag worden toegedicht wordt bepaald door zijn rol in het maatschappelijk verkeer en de aard van de in die rol verrichte gedragingen.¹⁷

De aard van de norm is relevant doordat verschillende normen in de Faillissementswet een (vrij) duidelijk omschreven pakket aan wettelijke ver-

BB5067: *NJ* 2008, 335 m.nt. PvS; Rb. Amsterdam 21 mei 2008, *LJN BD5700*; Rb. Amsterdam 11 juni 2008, *LJN BD6619*.

14 Zie bijvoorbeeld Hof ‘s-Hertogenbosch 10 februari 2003, *JOR* 2003, 152; Hof ‘s-Hertogenbosch 22 maart 2005, *LJN AT3349*. Zie nader Wessels *Insolventierecht IV* 2008, par. 4245.

15 Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator* (diss. Tilburg 1998), p. 215 e.v.; J.J. van Hees, ‘De integere curator’, in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en integriteit*. Serie Onderneming en Recht. Deel 39, Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v., neemt geen verschil tussen beide aan.

16 Zie Verstijlen 1998, p. 216.

17 Vergelijk C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom 2006, nr. 910.

plichtingen voor de curator met zich brengen, terwijl andere gedragingen alleen kunnen worden herleid tot de algemene beheerstaak die op de curator rust. De eerste kunnen individuele verplichtingen tegenover individuele gerechtigden in het leven roepen waarover weinig misverstand kan bestaan en waarbij veelal ook geen conflicterende belangen aan de orde zijn, vergelijk bijvoorbeeld de verplichting alle bekende schuldeisers in kennis te stellen van de termijn waarbinnen vorderingen ter verificatie moeten worden ingediend en van de datum van de verificatievergadering (art. 163 Fw) of de verplichting zich te houden aan een door de rechter-commissaris bij het instellen van een afkoeingsperiode ondubbelzinnig aan de curator opgelegde verplichting jegens één van hen jegens wie deze periode is ingesteld (art. 63a Fw).

De maatschappelijke rol van de curator wordt bepaald door het aan hem 'toevertrouwd' zijn van de waarneming van verschillende belangen, alsmede zijn 'neutrale' positie in het kader van de procedurele afwikkeling van elk faillissement. De aard van de te beoordelen (gevolgen van een) gedraging wordt gevoed door de grondslag van de bevoegdheid van de curator en de specificiteit van de (overtreden) norm. Alleen indien deze grondslag schuilt in (het stelsel van) de Faillissementswet, is de door de Hoge Raad geformuleerde bijzondere zorgvuldigheidsnorm aan de orde. Staat zij los daarvan, dan dient de gedraging van de curator te worden beoordeeld aan de hand van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Daarbij is het niet uitgesloten dat een bepaalde gedraging als een gedraging q.q. wordt gezien en derhalve als boedelschuld ten laste van de faillissementsboedel kan komen. Toerekenbaar aan de boedel (en dus boedelschuld) zijn die gedragingen die in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de curator in diens hoedanigheid hebben te gelden. Gebaseerd op HR 25 mei 1990, NJ 1990, 567 (*Knabbel en Babbel*)¹⁸ zou ik menen dat de grens daar ligt waar de curator in zijn handelingen en gedragingen zozeer is afgeweken van het gangbare patroon van handelingen dat volgens de Faillissementswet voor een curator gebruikelijk is dat (in de woorden van de Hoge Raad) 'de desbetreffende handelingen niet geacht kunnen worden in enig, althans voldoende verband te staan met de functie' waarin de curator is aangesteld. Te denken valt aan gedragingen gericht op verrijking van zichzelf of van familieleden of verduistering van gelden uit de boedel.¹⁹ Ten aanzien van schulden die op basis hiervan ontstaan kan ook niet worden gezegd dat zij (objectief) voortvloeien uit welbewuste taakuitoefening van de curator, dat het 'noodzakelijk' was deze kosten op te roepen noch dat zij voor de boedel van 'nut' zijn.²⁰ Gedragingen die op zich niet van doen hebben met de in het stelsel van de wet besloten taak, maar waarvan de nadelige

18 Waarover uitvoerig: Wessels, 'Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van stichting en vereniging en van hun bestuurders en commissarissen', *Stichting & Vereniging* (Thema-nummer bestuurdersaansprakelijkheid), 1990, p. 163 e.v.

19 Zie HR 17 april 1959, NJ 1961, 573.

20 Zie Wessels *Insolventierecht VII* (2008), par. 7116.

consequenties toch wel ten laste van de boedel zouden kunnen worden gebracht zijn bijvoorbeeld onzorgvuldige perspublicaties.

6 GEZICHTSPUNTEN IN DE MACLOU-NORM

De Maclou norm komt, zoals uiteengezet, hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.²¹

Bij 'inzicht en ervaring' lijkt de Hoge Raad aan te haken bij wat in de literatuur wordt begrepen onder 'kennis en kunde'. Vergelijk Van Dam, die – ter bepaling van het functionele vergelijkings-type – aangeeft dat 'kennis en kunde' niet alleen geobjectiveerd, maar ook gedifferentieerd dient te worden: derden mogen erop vertrouwen dat iemand geen activiteiten onderneemt die hij niet aankan.²² Zie voorts Verstijlen, die terecht aangeeft dat met een zekere subjectivering rekening mag worden gehouden.²³ Een door ervaring gerijpt inzicht speelt immers in insolventiezaken een belangrijke rol bij de rechtbank die in een meer gecompliceerde zaak een meer ervaren curator benoemt, terwijl het aantal praktijkjaren (als 'advocaat') respectievelijk 'de bijzondere ervaring of mate van specialisatie van de curator' in de Richtlijnen 2005 (aanpassings)factoren vormen voor de honorering van een curator. Inzicht en ervaring zijn noodzakelijke verworvenheden om in die gevallen waarin de curator, die ook contraire belangen moet verenigen, beleidsruimte heeft naar behoren zijn taak te kunnen uitoefenen. De goede curator is ook op de hoogte van de recente stand van rechtspraak en literatuur. Indien deze bronnen een ingenomen standpunt onaannemelijk maakt kan persoonlijke aansprakelijkheid het gevolg zijn. Ik geef als voorbeeld een zaak beslist door Rb. Amsterdam 28 december 2005,²⁴ die overweegt dat in een faillissement van een onderneming die zich bezighoudt met het aanbieden van schepen voor verhuur en begeleiding van offshore activiteiten een curator er extra op bedacht moet zijn dat wanneer een persoon een loonvordering ter verificatie bij hem indient, dit een bevoorrechte vordering ex art. 8:211 aanhef en sub b BW kan betreffen. Van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator had vervolgens verwacht mogen worden dat dit voorrecht op de desbetreffende schepen uitgeoefend zou worden en dat hij de bij de verkoop ontvangen opbrengst niet, zonder het voorrecht in acht te nemen, zonder meer aan de banken

21 De Maclou-norm accentueert de complexiteit van zijn taak en impliceert dat niet te snel geoordeeld moet worden dat onzorgvuldig gehandeld is, vergelijk ook Busch, 'Toezicht-houdersaansprakelijkheid: de stand van zaken', *VrA* 2007, 3, 57 e.v., mede naar aanleiding van HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006, 295 (*De Nederlandse Bank/Stichting Vie d'Or*).

22 Van Dam 2006, nr. 203 e.v.

23 Verstijlen 1998, p. 219.

24 Rb. Amsterdam 28 december 2005, *LJN* AU9727; *JOR* 2006, 110.

doorbetaalde. De curator heeft in strijd met art. 57 lid 3 Fw gehandeld en is, met toepassing van de Maclou-norm, persoonlijk aansprakelijk, aldus de rechtbank.

De vaardigheden ‘nauwgezetheid en inzet’ zou ik in het bijzonder willen betrekken op het gehele afwikkelingsproces van de boedel, waarin met voortvarendheid de vereffening tot een einde dient te worden gebracht en voor derden, wier belangen worden behartigd, overzichtelijk en duidelijk is wat er wordt gedaan en dát er wordt gedaan. Indien met inzet aan een vlotte afwikkeling wordt gewerkt zal een mate van onderzoek geoorloofd zijn, die daarbinnen verwacht mag worden: de omvang en diepgaandheid van onderzoek (bijvoorbeeld naar de gerechtigdheid van derden ten aanzien van activa) wordt mede bepaald door de bezwaarlijkheid van het verrichten van onderzoek (al dan niet met behulp van een externe deskundige) binnen de kaders van de aan de afwikkeling bestede tijd (en de mogelijke tijdsdruk) en de toereikendheid van de boedel om kosten voor onderzoek te dragen.

Een curator, aldus de Hoge Raad in de formulering van de Maclou-norm, behoort te handelen zoals ‘in redelijkheid’ mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. In redelijkheid dient dan ook, mede in acht genomen de ruimte die een aan de orde zijnde norm laat, de beleids- en beoordelingsruimte die de curator heeft te worden gewaardeerd. Het beleid van de curator wordt niet ‘marginaal’ beoordeeld, maar ten gronde, zij het met inachtneming van de beleidsruimte, welke minder ruim is indien het wetsvoorschrift ondubbelzinnig is, en ruimer indien de algehele beheerstaak aan de orde is, en mogelijk nog ruimer kan zijn indien de curator in zijn functie als ‘neutraal’ gerechtelijk bewindvoerder in het perspectief van zijn belangenbehartiging (het primaat van de schuldeisers) ten aanzien van een conflicterend belang (mogelijk met informeel advies van de rechter-commissaris) tot een oplossing komt.

Een gebruikelijke benadering door de rechter is die welke het handelen ex tunc beoordeelt, derhalve de handeling of gedraging ten tijde van het verrichten daarvan, in het licht van de zich toen voordoende omstandigheden en gemeten naar het tijdsbeeld, de kennis en de ervaring van toen. Geen wijsheid achteraf (*with hindsight*) dus, zie Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, *JOR* 2003, 152.²⁵

7 VERSCHILLENDE TOETSNORMEN?

Omtrent de vraag of de aansprakelijkheid q.q. en die *pro se* verschil bestaat meent A-G Timmerman (in zijn conclusie vóór de Mobell-zaak) dat er niet

²⁵ Vergelijk ook zo Van Dam 2006, nr. 903.

wezenlijk verschillende maatstaven gelden. Enig verschil ziet hij wel, omdat het bij de aansprakelijkheid *pro se* om persoonlijke aansprakelijkheid gaat, waarbij het verdedigbaar is dat aan het gestelde criterium juist iets minder snel wordt voldaan dan wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van de boedel voor handelingen die de curator q.q. verricht. Het verschil schuilt zijns inziens in 'persoonlijke verwijtbaarheid', welk aspect in het geval van persoonlijke aansprakelijkheid 'iets zwaarder' zal worden benadrukt dan in geval het gaat om de aansprakelijkheid van de curator q.q. Andere schrijvers zouden evenmin een verschil tussen beide normen willen aannemen.²⁶

De andere benadering is dat de aansprakelijkheid *pro se* wel verschilt van die van de aansprakelijkheid q.q. Vergelijk bijvoorbeeld Keirse en Verstijlen, die benadrukken dat de aansprakelijkheid q.q. wordt gemeten aan de hand van de maatstaf die geldt voor ieder die (in hoedanigheid) aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, terwijl aan de norm voor persoonlijke aansprakelijkheid inherent is de weging of de curator met het oog op de belangen van de boedel verdedigbaar heeft gehandeld.²⁷ De aansprakelijkheid q.q. is een gewone onrechtmatige daads-aansprakelijkheid, die aan de maatstaven van art. 6:162 BW wordt getoetst. In de Mobell-zaak gebruikt de Hoge Raad – enigszins verwarrend – de Maclou-norm om aan de normen van art. 6:162 BW nadere betekenis te geven. Ook ik meen dat het genoemde verschil wel een rol kan spelen, zowel ter bepaling van de inhoud van de norm als ten aanzien van de consequenties van overtreding ervan. Bij de norm voor persoonlijke aansprakelijkheid is inderdaad van belang 'of de curatoren met het oog op de belangen van de boedel verdedigbaar hebben gehandeld'.²⁸ Ten aanzien van bedoelde consequenties kan het verschil in normstelling bijvoorbeeld tot uiting komen bij het rechterlijk matigingsrecht ten aanzien van de toekenning van schadevergoeding (art. 6:109 BW). De 'aard van de aansprakelijkheid' kan immers een matigingsfactor zijn, waarbij volgens de wetshistorie de aansprakelijkheid buiten schuld eerder tot matiging aanleiding kan geven.²⁹

26 Zie bijvoorbeeld H.Th. Bouma, 'Arme curatoren', in: *Variatie in cassatie* (Opstellenbundel H.A. Groen), 2006, p. 48, en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 182.

27 A.L.M. Keirse en F.M.J. Verstijlen in hun bespreking van de Mobell-zaak, HR 19 december 2003, in *NTBR* 2004, p. 396 e.v.

28 In nuanceer mijn standpunt verwoord in Wessels, *Insolventierecht IV* 2008, par. 4249b, niet (zoals Keirse en Verstijlen, t.a.p. doen) op basis van HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 321 (*Van Gastel q.q./Elink Schuurman q.q.*), maar op basis van HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacom II*), hiervoor in de hoofdtekst aangehaald in par. 3.

29 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 452.

8 CURATOR EN VOORTZETTING VAN DE ONDERNEMING

Wanneer de curator handelt zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, kan hem niets verweten worden.³⁰ Uit de rechtspraak blijkt dat er jaarlijks diverse gevallen zijn waarbij de curator niet of onvoldoende aan de Maclou-norm voldoet.³¹

Ik bespreek enkele recente gevallen waarin de voortzetting van de onderneming gedurende insolventie aan de orde is. Eerst enige achtergrond. Faillissement wordt uitgesproken indien de schuldenaar is opgehouden te betalen (art. 1 Fw). Daaraan ligt wellicht een tijdelijk liquiditeitsprobleem ten grondslag, maar de problematiek kan veel structureler van aard zijn: te 'duur' financieringsarrangement, sociale tegenstellingen in het bedrijf, topzware bestuursstructuur en een niet adequaat besluitvormingsproces, verouderd materieel, onvoldoende innovatieve of veel te kostbare research ter verbetering van producten of diensten, internationale valutaproblemen dan wel een tegenzittende markt (producten of diensten waarnaar onvoldoende vraag is als gevolg van snel wijzigende consumentensmaak): in de aard van het ondernemen ligt besloten dat de curator enige tijd moet worden gegund om naar de juiste methode voor het nastreven van de hoogste opbrengst te streven.³² Vooral in een dergelijk faillissement spelen de meest essentiële elementen van het curatorschap: (a) het behartigen van toevertrouwde belangen, (b) het afwegen en zo mogelijk overbruggen of verenigen van tegenstrijdige belangen, en (c) in de keuze van zijn beslissingen óók rekening houden met belangen van maatschappelijke aard. Ontdaan van franje dienen twee alternatieven zich aan: het going concern verkopen van (een samenhangend deel van) de onderneming – 'redden' c.q. 'doorstarten' – dan wel de bedrijfsactiviteiten beëindigen en de activa 'los' te gelde maken en de verplichtingen conform het systeem van de wet afwikkelen. In zijn overwegingen moet hij tal van financiële, bedrijfseconomische, juridische, fiscale en sociale belangen voor de keuze van een scenario wegen en de rug recht houden bij het soms ook opportunistisch gedrag van het zittende management. In dit lastige krachtenveld heeft de curator de leiding. Indien vast staat dat de door een koper geboden prijs 'goed' is en dat de verkoop op korte termijn kan plaatsvinden is een 'going-concern-verkoop' in een branche waar goodwill-voordelen snel verdampen gerechtvaardigd. De curator kiest voor het zekere en behoorlijke bod en begeeft zich niet in het ongewisse door aan een derde informatie te verschaffen enkel met het oog op een mogelijk hogere opbrengst. Een curator moet zich niet alleen door

30 Zie Rb. Rotterdam 21 juni 2007, LJN BA7835; Rb. Rotterdam 21 juni 2007, LJN BA7836.

31 Voor overzichten, zie Princen 2007, p. 121 e.v., en Wessels, *Insolventierecht IV* 2008, par. 4251 e.v.

32 Zie bij wijze van voorbeeld L. Deterink e.a., *Onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Fokker*, Deventer: Kluwer 1997.

een zo hoog mogelijke opbrengst laten leiden maar ook met andere belangen rekening houden, zoals de maatschappelijke belangen verbonden aan de continuïteit van het over te dragen bedrijf en de daaraan verbonden werkgelegenheid, zoals in casu waarbij de curator onweersproken heeft gesteld dat bij verkoop aan de potentiële koper de werkgelegenheid van een aanzienlijk deel van het personeel van de gefailleerde onderneming is gewaarborgd, terwijl dat bij een mogelijke verkoop aan bedoelde derde onzeker is.³³

Het kan echter fout gaan. Een binnen de grenzen van zijn beleidsvrijheid functionerende curator, die over voldoende inzicht en ervaring beschikt en die met nauwgezetheid en inzet zijn taak verricht, kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld indien hij beslissingen neemt die onvoldoende gegrond zijn op een analyse van de staat van de onderneming respectievelijk een prognose van het resultaat van zijn beslissingen. De goede curator – bijna altijd één die alleen een juridische achtergrond heeft – zal zich bij het nemen van beslissingen op dit terrein reeds snel moeten doen voorzien van bijstand van een deskundige op bedrijfseconomisch terrein dan wel een (andere) expert met voldoende inzicht en ervaring in bijvoorbeeld marktomstandigheden of financiering. Uit de rechtspraak volgt dat in het algemeen persoonlijke aansprakelijkheid is aangewezen:

- omdat '(...) uit niets is gebleken dat [de curator; Wess.] zijn besluit mede heeft genomen op grond van cijfermatige gegevens, zoals een exploitatieprognose en een liquiditeitsprognose';³⁴
- omdat sprake is van onvoldoende gefundeerde besluitvorming en onvoldoende financiële voortgangsbewaking;³⁵
- omdat de voortzetting van de gefailleerde onderneming met het oog op het vergaren van inkomsten c.q. gelden om een akkoord aan te kunnen bieden de beleidsvrijheid van de curator te buiten gaat;³⁶
- omdat de curator in grote haast is ingegaan op de hem door de beherend vennoot voorgestelde activatransactie, kennelijk zonder bij een derde (bijvoorbeeld bij de stille vennoot) enige informatie in te winnen, en daarbij dus blind te varen op de door de koper verstrekte informatie omtrent de waarde van de door de koper te verwerven activa.³⁷

33 Vergelijk Vzng. Rb. Arnhem 21 september 2005, *JOR* 2005, 288.

34 Zie Rb. Haarlem 9 januari 1996, *TvI-N* 1996, p. 19 e.v.

35 Vergelijk Rb. Utrecht 17 maart 1999, *JOR* 1999, 117. Kennelijk anders Rb. Utrecht 2 juli 2003, *JOR* 2003, 273, overwegend dat geen rechtsregel ertoe verplicht dat de curator, bij de voorgenomen verkoop van het belangrijkste actief van de vennootschap een taxatie door een onafhankelijke derde te laten verrichten, omdat de prijs 'niet wordt bepaald door het oordeel van een deskundige over de waarde van die zaak, maar door hetgeen de koper bereid is ervoor te betalen.'

36 Rb. Haarlem 16 februari 2005, *JOR* 2005, 220.

37 Zie Hof Arnhem 6 februari 2007, *LJN* AZ9951 (bekrachtigend Rb. Arnhem 21 juli 2004, *JOR* 2004, 333 m.nt. Van Hees), waarbij het hof ook aangeeft wat onder de gegeven omstandigheden van de curator had mogen worden verwacht. In casu heeft de curator jegens de stille vennoot zowel q.q als *pro se* onrechtmatig gehandeld en 'is hij daarom zowel in hoedanig-

9 VOORONTWERP INSOLVENTIEWET

Zoals in de inleiding aangehaald kent artikel 1.1.2 ('Doel') Voorontwerp Insolventiewet de regel: 'Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden.' Een insolventieprocedure strekt tot tegeldemaking van het gehele vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Evenals in de huidige Faillissementswet staat in de Insolventiewet de behartiging van de verhaalsbelangen van de gezamenlijke schuldeisers voorop. Dat het belang van de schuldeisers voorop wordt gesteld, houdt echter geen principiële keuze in voor liquidatie van het vermogen van de schuldenaar boven reorganisatie van de schuldenpositie van de schuldenaar:³⁸

'Waar dat vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is, dient het insolventierecht ruimte te bieden voor reorganisatie. Deze kan plaatsvinden door het reduceren van de schulden van de rechtspersoon, waarbij de rechtspersoon voortbestaat, of door de onderneming of delen daarvan over te dragen, waarbij de rechtspersoon wordt geliquideerd. Een combinatie van deze twee mogelijkheden is eveneens denkbaar. Een reorganisatie dient evenwel niet ten koste te gaan van de belangen van het collectief van de schuldeisers. Een reorganisatie is bezwaarlijk te rechtvaardigen indien daarbij de gezamenlijke schuldeisers in betekenende mate minder ontvangen dan in geval van liquidatie. (...) In de gevallen waarin reorganisatie van de onderneming van de schuldenaar vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is – hetzij in de vorm van sanering van de schuldenpositie van de schuldenaar door middel van een akkoord (in of buiten insolventie), hetzij in de vorm van reorganisatie van de onderneming door middel van overdracht van (delen van) de onderneming aan een derde –, dient voortijdige ontmanteling van de onderneming van de schuldenaar te worden voorkomen.'

De doelstelling om ondernemingsreorganisatie degelijke kansen te bieden, alsmede andere doelstellingen (bijvoorbeeld tijdige en betere informatie aan schuldeisers, alsmede specifieke bevoegdheden van derden, waaronder schuldeisers) heeft tot gevolg dat in het Voorontwerp het aantal momenten waarop rechten van derden (in het bijzonder die van schuldeisers) kunnen botsen met de door de bewindvoerder voorgenomen uitoefening van zijn taak in omvang zijn toegenomen. Ook de ondernemingsvoortzetting brengt voor hem rechten en verplichtingen mee. De bewindvoerder onderzoekt zo spoedig mogelijk de oorzaken van de insolventie en, indien de schuldenaar een onderneming heeft, de mogelijkheid om deze geheel of gedeeltelijk voort te zetten. Hij brengt van zijn bevindingen binnen drie weken na de insolventverklaring verslag uit aan de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris (art. 4.2.9). De

heid als persoonlijk aansprakelijk voor de schade die daarvan het gevolg is.'

38 *Gesch. Voorontwerp*, p. 137 e.v.

toestemming voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar of een onderdeel daarvan vanaf een maand na de insolventverklaring wordt ten hoogste voor één jaar verleend, maar de duur van de voortzetting kan tot maximaal drie jaar uitlopen (art. 4.2.10 lid 1),³⁹ maar de rechter-commissaris kan op verzoek van een schuldeiser, de schuldeiserscommissie of de schuldenaar gelasten dat de voortzetting van de onderneming geheel of gedeeltelijk wordt gestaakt (art. 4.2.11).

Indien de periode van ondernemingsvoortzetting tot drie jaar verlengd kan worden is het duidelijk dat de insolventiebewindvoerder die gedurende insolventie een reorganisatie doorvoert voor tal van beslissingen en keuzen te staan, waarvoor in gewone omstandigheden elk ondernemingsbestuur komt te staan. Dient dit handelen nu ook door de Maclou-norm te worden beheerst? Brengt de specifieke complexiteit van ondernemingsvoortzetting gedurende insolventie niet met zich dat deze norm van een beperking of een uitzondering dient te voorzien of zelfs dat zij geheel door een andere moet worden vervangen?

10 NORM VOOR AANSPRAKELIJKHEID

De thans toegepaste beoordelingsmaatstaf krijgt gestalte in de norm die de Hoge Raad aanlegt aan het zorgvuldig functioneren van een faillissementscurator, kortweg: handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Heeft deze bij de ondernemingsvoortzetting gehandeld in overeenstemming met de wijze waarop een 'model-bewindvoerder' (of: de geobjectieeerde, gemiddelde bewindvoerder), geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou hebben gehandeld? Het Voorontwerp sluit aan bij de door de Hoge Raad geformuleerde Maclou-norm en acht deze kennelijk veerkrachtig genoeg om ook in de problematiek van de ondernemingsvoortzetting gedurende insolventie toegepast te kunnen worden.

Voor het geval dat het boedelbeheer ondernemingsvoortzetting behelst en de beleidsruimte van de curator aanzienlijk is heeft Verstijlen⁴⁰ betoogt dat de aan hem gestelde norm van het beschikken over voldoende inzicht en ervaring en het met nauwgezetheid en inzet verrichten van zijn taak niet wezenlijk anders is dan de norm die aan een bestuurder van een rechtspersoon wordt gelegd, met als voorbeeld: het aangaan van schulden, terwijl de bestuur-

39 In de Toelichting wordt de ondernemingsvoortzetting als een (voorwaardelijke) bevoegdheid beschouwd, want wel 'geldt (...) als voorwaarde dat de bewindvoerder redelijkerwijze mag aannemen dat voortzetting in het belang van de boedel is. Indien de bewindvoerder weet dat hij de boedelschulden die door de voortzetting ontstaan, niet zal kunnen voldoen, dient hij van voortzetting af te zien', zie de Toelichting bij art. 4.2.10, *Parl. Gesch. Voorontwerp*, p. 289.

40 Verstijlen 1998, p. 234 e.v.

der wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen (het zogenaamde 'Belklamel'-criterium, zie HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286).⁴¹ Van Schilfgaarde⁴² heeft tegengeworpen dat een curator altijd curator blijft en nooit ondernemer wordt. Dat is echter de issue niet, omdat het gedrag van de curator wordt vergeleken met een *imaginary third man*, of beter wellicht, een *imaginary third norm*, namelijk die welke voor de vaststelling van bestuurdersaansprakelijkstelling wordt gehanteerd. Met Verstijnen⁴³ meen ik echter dat voorshands niet valt in te zien waarom de curator (met toepassing van de Maclou-norm) strenger zou moeten worden behandeld dan de bestuurder. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij beslissingen neemt op basis van kennis van en inzicht in de volledige financiële administratie en de beschikbare overige managementinformatie. Indien een bewindvoerder is benoemd komt het in solventiesituaties natuurlijk voor dat die informatie onvolledig, onduidelijk, verborgen of vertrokken is, omdat de dreiging van insolventie voor *key* personeel vaak het sein is naar een andere baan uit te zien. De bewindvoerder zal het vertrouwen moeten winnen van werknemers, leden van de raad van commissarissen en het bestuur, van het zittende management, van financiers en aandeelhouders en dat in een omgeving waarin belangen van de diverse stakeholders bijna als vanzelfsprekend tegengesteld zullen zijn. Indien de bewindvoerder op deze wankelende basis een beslissing moet gronden die tegemoetkomt aan de wens van de Voorontwerp-gever om het bedrijf voort te zetten, zal hij – met het oog op een dreigende aansprakelijkstelling – geneigd zijn van een beslissing afzien. Dit gedrag staat haaks op het doel dat het Voorontwerp beoogt te bereiken.

Josephus Jitta heeft in 2003 de vergelijking getrokken tussen een door de Ondernemingskamer (OK) van Hof Amsterdam ex art. 2:356 aanhef en onder c BW benoemde tijdelijke bestuurder. De overeenstemmende kenmerken van de taken van een curator enerzijds en een tijdelijk bestuurder anderzijds brengt hem ertoe te opperen om de aansprakelijkheid van de curator op één lijn te brengen met die van de tijdelijk bestuurder, zodat het handelen van de laatste mede wordt getoetst aan hetgeen in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende door de OK benoemde bestuurder (of commissaris) die zijn taak met nauwgezetheid en inzet ver-

41 Voor een recente toepassing: Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2007, *LJN* BC1129, *JOR* 2008, 30.

42 Annotatie onder HR 27 november 1999, *NJ* 1999, 685.

43 *NTBR* 2000, p. 112.

richt.⁴⁴ Met het oog op het Voorontwerp sluit Van der Meer zich bij deze benadering aan.⁴⁵

11 EEN DUITSE VOORSTEL

In Duitsland is onlangs voorgesteld om de aansprakelijkheid van een curator (*Verwalter*) in een geval van een door § 22(1)(2) *Insolvenzordnung* (InsO) geboden *Unternehmensfortführung* te toetsen aan de *Business Judgment Rule*. Deze idee brengt de auteurs ertoe om voor te stellen aan § 60 InsO (*Haftung des Insolvenzverwalters*) een regel toe te voegen, die luidt:

‘Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter im Rahmen der Unternehmensfortführung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information im Interesse der Masse zu handeln’.⁴⁶

De *Business Judgment Rule* is vorig jaar in de Nederlandse rechtsliteratuur geïntroduceerd⁴⁷ en voor het Nederlandse enquêterecht is haar toepassing ook verdedigd.⁴⁸ De *Business Judgment Rule* is een rechterlijke werkmethode om te toetsen of – in het vennootschapsrecht van Delaware – het ondernemingsbestuur zich aan haar plichten jegens vennootschap en aandeelhouders heeft gedragen. De *rule* functioneert als een aansprakelijkheidsverweer ten behoeve van het bestuur van de vennootschap. Zij heeft, kort gezegd, betrek-

44 M.W. Josephus Jitta, ‘De aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen’, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Serie Onderneming en Recht, Deel 25, Deventer: Kluwer 2003, p. 468. Zie ook Josephus Jitta, annotatie onder Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, *JOR* 2008, 34. Het betoog van Josephus Jitta wordt gesteund door A.R.J. Croiset van Uchelen, ‘Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter? De positie van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen’, in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 97, Deventer: Kluwer 2008, p. 189 e.v.

45 J.A. van der Meer, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van de bewindvoerder in het Voorontwerp van de nieuwe Insolventiewet’, *Journaal Insolventie, Financiering & Zekerheden* 2008, p. 39 e.v.

46 Christian Berger/Michael Frege, ‘Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz – Haftungsprivileg für den Verwalter?’, *ZIP* 5/2008, p. 204 e.v.

47 B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss. Rotterdam 20007), Deventer: Kluwer 2007.

48 B.F. Assink, ‘Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?’, *Ondernemingsrecht* 2008-6, p. 230 e.v. De Sociaal-Economische Raad (SER) heeft in zijn advies dd. 15 februari 2008 over evenwichtig ondernemingsbestuur de wens uitgesproken te streven naar een terugdringing van de invloed van de rechtspraak van de OK op de Nederlandse beursvennootschap, onder meer door introductie van de business judgment rule in het enquêterecht. Bartman en Holtzer, ‘Evenwichtig ondernemingsbestuur in de polder’, *TvOB* 2008-3, p. 57 e.v., betonen zich op dit punt kritisch.

king op het ondernemingsbeleid (niet het vennootschappelijk beleid), waarbinnen een ruime mate van beleidsvrijheid bestaat, met een zeer terughoudende rol voor rechterlijke toetsing, nu bedoeld ondernemingsbeleid ook vrijheid impliceert, in het bijzonder ten aanzien van het nemen van risico's. Uitgangspunt is dat het bestuur in beginsel zorgvuldig heeft bestuurd, maar dat de aansprakelijk stellende partij dit vermoeden op basis van feiten kan ontkrachten. De *Business Judgment Rule* beschermt tegen rechterlijke toetsing of bemoeienis:

'weet de eisende partij (...) niet aan te tonen dat sprake is van grof nalatige voorbereiding van de zakelijke beleidsafweging of van een zakelijke beleidsafweging die qua inhoud werkelijk ieder rationeel zakelijk doel ontbeert, dan eindigt daar de rechterlijke toetsing.⁴⁹

12 MACLOU-NORM REVISITED?

Verdient het aanbeveling ook voor Nederland een voorstel van een dergelijke strekking te doen? Ik stel voorop dat de Duitse context een ander is dan de Nederlandse. Aldaar kent het vennootschapsrecht sedert 1 december 2005 voor de bestuurdersaansprakelijkheid in § 93 Aktiengesetz (AktG) de *Business Judgment Rule*,⁵⁰ zodat het stellen van de vraag of deze op de curator bij ondernemingsvoortzetting in insolventiesituaties past voor de hand ligt. Voorts valt te bedenken bij insolventie het toezicht van de Duitse rechter op de curator zich beperkt tot *Rechtsaufsicht* en de controle van de doelmatigheid van het handelen van de curator in handen van de crediteuren ligt (§ 69 InsO). In Nederland is momenteel het toezicht een taak van de rechter-commissaris (art. 64 Fw) en dit toezicht heeft betrekking op de rechtmatigheid van beheer- en vereffeningshandelingen (handelt de curator overeenkomstig de wet), de doelmatigheid van die handelingen (zijn de maatregelen van de curator gericht op de hoogste opbrengst voor de boedel; zijn zij kosteneffectief), alsook op de doelgerichtheid (dragen de handelingen van de curator bij aan het doel van een efficiënt verloop van de vereffening van de boedel).⁵¹ Hoewel in het Voorontwerp aan de crediteuren een meer geprononceerde toezichthoudende rol wordt toegedicht, blijft een groot deel van het toezicht, zij het meer op het aspect van het rechtmatige gericht, bij de rechter-commissaris.⁵² Een aspect dat aandacht verdient is dat de aansprakelijkheid van de curator in Duitsland

49 B.F. Assink, *Ondernemingsrecht* 2008/6, p. 232 e.v.

50 Zie Marcus Lutter, 'Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung', *ZIP* 18/2007, p. 841 e.v.

51 Vergelijk B. Wessels, 'Toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007, p. 262 e.v.

52 Vergelijk A.R. van der Winkel, 'Toezicht in het Voorontwerp', in: J.A. van de Hel e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 151 e.v.

een specifieke wettelijke regeling kent. Het is niet onlogisch voor door de curator te nemen ondernemingsbeslissingen dan aan een vorm van een beperking of uitzondering te denken. Duidelijk is – hoewel afbakingen soms lastig zullen zijn – dat de bijzondere regel in het Duitse voorstel alleen betrekking heeft op ondernemingsbeslissingen, niet op handelingen van de curator die samenhangen met zijn (bijzondere) wettelijke verplichtingen of met typisch procedurele handelingen. Voorshands zou ik menen dat de Maclou-norm voldoende elastisch is om de bewindvoerder tegen unfaire aansprakelijkheid te beperken. Het element ‘inzicht en ervaring’ (in de zin van ‘kennis en kunde’) betekent dat de bewindvoerder in zijn ondernemersrol geen activiteiten verricht die hij niet aankan. Het nemen van risico is inherent aan ondernemen, dus het nemen van verantwoord risico kan niet tot aansprakelijkheid leiden. Wanneer deze risico’s weloverwogen en goed gedocumenteerd zijn genomen dan zou ik menen dat hij de hem toevertrouwde belangen naar behoren heeft waargenomen en de curator tegen aansprakelijkheid gevrijwaard is. Vergelijk het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad uit 1933.⁵³ Ook het element ‘in redelijkheid’ (zie par. 6 slot) gebiedt om in het licht van omstandigheden recht te doen aan de beleidsruimte van de bewindvoerder. Het perspectief bij die beleidsruimte is echter niet dat de bewindvoerder (als ‘ondernemer’) recht doet aan het belang van de vennootschap en de continuïteit van de onderneming, dat het richtsnoer vormt van vennootschapsrechtelijk bestuurlijk handelen. Het perspectief van de bewindvoerder (als ‘ondernemer’) wordt gevormd door het in het Voorontwerp Insolventiewet vastgelegd doel, waarbij de evenwichtige behartiging van de belangen van schuldeisers centraal staat.

Het is een kwestie van keuze of de Maclou-regel expliciet in het Voorontwerp zou moeten worden opgenomen. Het blijkt dat de toepassing van de Maclou-norm in het algemeen goed aan de rechtspraak kan worden overgelaten, maar de insolventiepraktijk zoekt voorspelbaarheid en zekerheid in de vorm van duidelijke plechtankers in de wet, hetgeen ik goed begrijp.⁵⁴ De aangelegde norm mag immers niet boven-menselijk zijn,⁵⁵ ook niet in haar kenbaarheid.

53 Zie HR 26 mei 1933, *NJ* 1933, p. 870 e.v. m.nt. EMM.

54 In een iets ander verband schreef ik: ‘Veel insolventierecht is praktijkrecht en de praktijk zoekt ondubbelzinnig houvast in de vorm van bakens voor behoorlijk bestuur door bewindvoerders, óók al kan het resultaat vaak volgen uit het meer elastische vermogensrecht’, zie B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht* (Afscheidrede VU Amsterdam 2008), par. 8, zie <<http://hdl.handle.net/1871/12787>>.

55 Vergelijk T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (Oratie Leiden 1997), p. 53; J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 65 e.v.

7 | Met welke maat moet de verplichting tot medewerking aan de uitvoering van een verbintenis worden gemeten?

J.F.M. Janssen[■]

1 INLEIDING

In het recht doet zich wel eens het verschijnsel voor dat één bepaald feitencomplex door verschillende rechtsregels kan worden beheerst. Hoofddregel is dan het principe van de cumulatie van rechtsregels: iedere rechtsregel vindt afzonderlijk toepassing. Tenzij sprake is van alternatieve samenloop, in welk geval de keuze voor het ene alternatief automatisch de uitschakeling van het andere inhoudt, kunnen in theorie de verschillende toepasselijke rechtsregels leiden tot verschillende uitkomsten, omdat de maat waarmee de rechtsverhouding wordt gemeten, verschillend is.

Deze situatie is onwenselijk en moet dan ook worden voorkomen. Een van de mogelijkheden hiertoe is de concurrerende rechtsregel(s) door middel van uitleg uit te schakelen en exclusieve werking aan te nemen van de overgebleven rechtsregel.¹ Een andere mogelijkheid is om met een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de concurrerende rechtsregel buiten werking te stellen. Een derde methode is dat de verschillende rechtsregels inhoudelijk naar elkaar worden toegebogen. De jurisprudentie van het arbeidsrecht kent hiervan een aantal fraaie voorbeelden. Zo verklaart HR 30 januari 2004, *NJ* 2005, 235 m.nt. HJS (*Kimmenade Ned./Waijers*) de regels van stelplicht en bewijslast als aanvaard voor art. 7A:1638x BW (de voorloper van art. 7:658 BW) van overeenkomstige toepassing op art. 6:162 BW. Buiten het arbeidsrecht valt als voorbeeld te noemen HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 458 m.nt. JH (*Caribbean Bistros/Club Caraïbeën*), waarin de artikelen 6:74 en 6:212 BW op elkaar worden afgestemd waar het de ingebrekestelling betreft.

Iets dergelijks is ook denkbaar bij de opschortingsrechten. De verplichting tot afgifte van een zaak aan de eigenaar kan soms zowel een obligatoire als een goederenrechtelijke grondslag hebben, bijvoorbeeld wanneer een zaak door de eigenaar is verhuurd, uitgeleend of in bewaring gegeven. Weigering de zaak af te geven levert dan hetzij wanprestatie, hetzij een onrechtmatige daad op, tenzij een bevoegdheid bestaat tot opschorting. In een dergelijk geval zullen in het bijzonder de artikelen 6:64 en 6:162 BW inhoudelijk op elkaar afgestemd

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

1 Zie voor voorbeelden: I.S.J. Houben c.s., *Samenloop*, BWKJ 23, Deventer: Kluwer 2007, p. 4 e.v.

moeten worden waar het betreft de aansprakelijkheid van de retentor jegens de eigenaar zowel waar het betreft de norm als de toerekeningsgrond.

Dit geval van opschorting voert naar het kernthema van deze bijdrage: het schuldeisersverzuim.² Ook bij uitblijven van medewerking aan de uitvoering van een verbintenis lijkt zich het geval voor te doen dat gekozen kan worden uit twee maten (medewerking als schuldeiser of als schuldenaar), maar deze keuze is op een enkele uitzondering na slechts schijn en is louter een gevolg van een onjuiste duiding van de rechtsverhouding van partijen, die vervolgens leidt tot oneigenlijke toepassing van afdeling 6.1.8 (schuldeisersverzuim) in plaats van afdeling 6.1.9 (de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis) van het Burgerlijk Wetboek of omgekeerd. Als gevolg hiervan wordt de rechtsverhouding van partijen de verkeerde maat genomen. Dit doet zich voor wanneer een verplichting van een partij om mede te werken aan de uitvoering van een verbintenis wordt aangemerkt als een verplichting als schuldeiser, terwijl in werkelijkheid sprake is van een verplichting als schuldenaar en dus van een verbintenis of omgekeerd. Het is derhalve zaak vast te stellen wanneer en volgens welke criteria een verplichting om mede te werken aan de uitvoering van een verbintenis heeft te gelden als een verplichting *als* schuldeiser of *als* schuldenaar (par. 3). Slechts in het type geval dat in par. 3.3 wordt besproken, kan gekozen worden tussen de regels van schuldeisersverzuim en die van wanprestatie, omdat de verplichting tot medewerking een dubbel karakter heeft. Zij is tegelijk verbintenis en geen verbintenis, omdat zij tussen partijen over en weer bestaat en zij mitsdien op dezelfde partij als debiteur én als crediteur rust.

Een onjuiste kwalificatie van de verplichting tot medewerking leidt tot brokken vanwege het verschil in rechtsgevolgen. Hierin met name is het belang gelegen van een juiste kwalificatie van een verplichting tot medewerking. Om dit te illustreren zal eerst summier de structuur van de verbintenis worden geanalyseerd en zullen de gemeenschappelijke kenmerken van wanprestatie en schuldeisersverzuim respectievelijk de verschillen tussen beide worden vastgesteld, zowel waar het betreft de vereisten voor hun ontstaan als hun belangrijkste rechtsgevolgen (par. 2). Ter afronding van het onderzoek worden in par. 4 de belangrijkste bevindingen samengevat.

2 STRUCTUUR EN RECHTSGEVOLGEN VAN DE VERBINTENIS

2.1 De toepasselijke rechtsregel

De verbintenis is een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen een schuldeiser en een schuldenaar met betrekking tot wat voor de schuldeiser een

2 Zie de artikelen 6:54 sub a en 6:58 en 59 BW, die een nauw verband veronderstellen tussen schuldeisersverzuim en opschorting.

vorderingsrecht (aanspraak op een prestatie) en voor de schuldenaar een hiermee corresponderende schuld (verplichting tot die prestatie) is. Het doel van de verbintenis is dat de hiermee beoogde prestatie wordt gerealiseerd. Het bijzondere in onze wet – elders is dit overigens niet anders – is dat zodra zich een stoornis voordoet in de nakoming van de verbintenis, de Siamese tweeling van vordering/schuld of schuldeiserschap/schuldnaarschap die de verbintenis naar zijn aard is, wordt gescheiden en dat meticuleus wordt geanalyseerd of deze stoornis is ontstaan in de sfeer van de schuldenaar of is gelegen in de sfeer van de schuldeiser. In het eerste geval hebben we in geval van toerekening te maken met het leerstuk van de wanprestatie, in het tweede geval met dat van het schuldeisersverzuim.

Zo beschreven lijkt het verbintenisrechtelijk panorama glashelder. De praktijk is echter aanzienlijk weerbarstiger en leert dat de gekozen invalshoek soms volstrekt willekeurig is. Of sprake is van schending van een verplichting als schuldenaar of als schuldeiser hangt, zo leert analyse van de in par. 3 besproken rechtspraak, af van allerlei subtiliteiten. Niet de minste zijn de uitleg van de rechtsverhouding van partijen door de rechter en de monofocus van de praktijk op de positie *als* – niet: van de – schuldenaar. Hierdoor wordt de schuldeisersinvalshoek verduisterd.

Een mooi voorbeeld is HR 16 september 1994, *NJ* 1995, 8 (*boedelscheiding vader en zoon*),³ waarin de Hoge Raad de zaak mede oploste door middel van schuldeisersverzuim, terwijl in de feitelijke instanties noch de rechters, noch partijen deze mogelijkheid onderkenden.⁴

De monofocus is waarschijnlijk een gevolg van de rechtenstudie, met zijn accent op de positie van de schuldenaar. Bezieet men de opbouw van de wet, dan valt dezelfde overaccentuering van de positie van de schuldenaar waar te nemen. Intussen is de gekozen invalshoek wel beslissend voor de toepasselijke rechtsregel en dus met name voor de rechtsgevolgen. Deze zullen thans in beeld worden gebracht.

3 Zie over dit arrest par. 3.3.

4 Zie ook HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176 (*Brocacef/FGC Maas Apotheek*): 'Kennelijk heeft het hof, als de rechter aan wie de uitleg van de processtukken is voorbehouden, geen voldoende gemotiveerd beroep van Brocacef op schuldeisersverzuim in de processtukken gelezen', en HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (*Van Bommel/Ruijgrok*): 'Middel I strekt ten betoge dat het verweer van Van Bommel ter zake van het in conventie gevorderde was gegrond op schuldeisersverzuim in de zin van art. 6:59 BW en dat zij in het kader daarvan de rechter heeft verzocht te bepalen dat haar verplichting tot huurbetaling op grond van art. 6:60 is vervallen. Het middel mist feitelijke grondslag, voor zover het ervan uitgaat dat zulks reeds in de feitelijke instanties aan het verweer ten grondslag is gelegd.'

2.2 Parallele structuur van de artikelen 6:58/59 en 6:74 BW

2.2.1 Artikel 6:74 BW

Iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser hierdoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, gelden de verzuimregels van § 2 van de negende afdeling van de eerste titel van Boek 6 BW. In het bijzonder moet hierbij worden gedacht aan de artikelen 6:82 en 83 (ingebrekestelling). Voor aansprakelijkheid van de schuldenaar gelden de volgende vereisten:

- a) een tekortkoming van de schuldenaar;
- b) zij moet hem kunnen worden toegerekend;
- c) er moet oorzakelijk verband bestaan tussen de tekortkoming en de schade;
- d) voor zover de prestatie nog mogelijk is, zal hij bovendien in de regel eerst in gebreke moeten worden gesteld en;
- e) de schuldenaar moet schade hebben geleden.

De parlementaire geschiedenis geeft wel aan *wat* een tekortkoming is – er is sprake van een tekortkoming wanneer de schuldenaar in enigerlei opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis van hem vergt⁵ –, maar niet precies *wanneer* zij intreedt. In de Toelichting wordt iets van een duiding gegeven. Opgemerkt wordt:⁶

‘Ook als de verbintenis wel opeisbaar is, handelt de schuldenaar echter niet steeds in strijd met zijn verplichtingen, indien hij niet dadelijk uit eigen beweging nakomt. In de eerste plaats is het immers mogelijk, dat de schuldenaar nog niet bevoegd is na te komen; in de tweede plaats geldt voor een grote groep verbintenissen de regel van artikel 6.1.6.9 lid 1:⁷ “Indien geen tijd voor de nakoming is aangewezen, kan (...) terstond nakoming worden gevorderd”. In het eerste geval is er nimmer vertraging voordat de schuldeiser heeft te kennen gegeven nakoming te wensen; bij de tweede groep verbintenissen zal het van de strekking van de verbintenis afhangen of de schuldenaar mag wachten tot de wederpartij nakoming verlangt.’

Niet-nakomen terwijl de verbintenis opeisbaar is, levert dus niet zonder meer een tekortkoming op. Zou het anders zijn, dan zou, gelet op art. 6:38 BW, de schuldenaar bij de meeste verbintenissen met het ontstaan ervan meteen tekortschieten indien hij niet terstond zou nakomen. Dit resultaat veroordeelt zichzelf. Er mag dus een zekere tijd verstrijken voordat de schuldenaar in weerwil van de niet-nakoming van de opeisbare prestatie tekortschiet. Tot

5 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 258.

6 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 283.

7 Het huidige art. 6:38 BW.

dat moment is slechts sprake van niet-nakoming.⁸ Asser⁹ bepaalt het omslagpunt van niet-nakoming naar de tekortkoming aldus: is de prestatie blijvend onmogelijk of niet toerekenbaar dan is *terstond* sprake van een tekortkoming als hetgeen de schuldenaar heeft gedaan in enigerlei opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis van hem vergt. 'In de andere gevallen treedt de tekortkoming in beginsel pas in op het tijdstip waarop de schuldenaar in verzuim komt'.¹⁰ In het laatste geval bepaalt dus de toerekening ex art. 6:75 BW of en het moment waarop sprake is van een tekortkoming. Er is dan sprake van samenval van rechtsmomenten.¹¹ Voor het geval van verzuim gaat dus niet het in art. 6:74 BW verwoorde uitgangspunt van de wetgever op dat het begrip tekortkoming een neutraal begrip is, omdat de toerekening bepaalt of er een tekortkoming is.

2.2.2 Artikelen 6:58 en 6:59 BW

De wet onderscheidt twee verschillende gevallen van schuldeisersverzuim: art. 6:58 en art. 6:59 BW. In het eerste geval begint de stoornis in de uitvoering van de verbintenis bij de schuldeiser, in het tweede geval bij de wanpresterende schuldenaar.

Schuldeisersverzuim doet zich voor wanneer de door de schuldenaar verschuldigde prestatie wordt verhinderd door omstandigheden die gelegen zijn in de sfeer van de schuldeiser en aan deze kunnen worden toegerekend.¹² Zij kunnen uiteraard voor hem nimmer een alibi zijn om vervolgens als schuldenaar niet zelf te hoeven presteren (art. 6:54 sub a BW).¹³ De belangrijkste gevolgen van het schuldeisersverzuim zijn: (1) de schuldeiser, maar thans in zijn hoedanigheid van schuldenaar, mist voor de verschuldigde tegenprestatie een opschortingsbevoegdheid (art. 6:54 sub a BW); (2) hij kan niet ontbinden

8 Beide begrippen (niet-nakomen en tekortschieten) worden in art. 6:262 BW niet goed onderscheiden. In lid 1 wordt niet-nakoming als grond voor een opschortingsbevoegdheid genoemd, in lid 2 daarentegen een tekortkoming. Lid 1 is stukken beter. Zou voor opschorting een tekortkoming worden geëist, dan zou in geval van niet nakomen van een opeisbare prestatie niet kunnen worden opgeschort, hetgeen niet aanvaardbaar is. Men denke aan een ruil van twee auto's die niet terstond kan worden geëffectueerd, omdat één van beide auto's nog opgehaald moeten worden. De wederpartij van degene die zijn auto nog moet ophalen, moet totdat uitruil mogelijk is zijn prestatie kunnen opschorten.

9 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 307.

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 307.

11 Zie in dit verband HR 24 oktober 2004, NJ 2006, 597 m.nt. JH (*Endlich/Bouwmachines Den Haag*) waarin in rov. 3.4.4 wordt overwogen: 'In dit verband is van belang dat een ingebrekestelling niet de functie heeft om "het verzuim vast te stellen", doch om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is'.

12 Crediteurs- en debiteursovermacht worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

13 Zie voor zo'n geval HR 16 september 1994, NJ 1995, 8 (*boedelscheiding vader en zoon*). Dit arrest wordt besproken in par. 3.3.

ex art. 6:265 BW, want òf er is in verband met de bevoegdheid tot opschorting geen sprake van een door art. 6:265 lid 1 BW verlangde tekortkoming¹⁴ van de wederpartij – het geval van art. 6:59 BW – of het geval van art. 6:58 j^o 6:266 BW doet zich voor: er is wel een tekortkoming van de schuldenaar, maar deze wordt veroorzaakt door de schuldeiser; (3) de aansprakelijkheid van de wederpartij wordt verlicht (art. 6:64 BW); (4) de wederpartij kan zich bevrijden van zijn eigen prestatieplicht (art. 6:60 BW).

Art. 6:58 BW stelt als vereisten voor verzuim van de schuldeiser:

- a) een verhindering van de nakoming van de verbintenis van de wederpartij doordat de schuldeiser van die verbintenis zijn medewerking niet verleent of doordat er een ander beletsel van zijn zijde is;
- b) de oorzaak van deze verhindering moet hem kunnen worden toegerekend;¹⁵
- c) oorzakelijk verband tussen de verhindering van de nakoming en het uitblijven van medewerking (zie art. 6:58 BW: ‘doordat’);¹⁶
- d) de schuldenaar moet de schuldeiser hebben laten weten diens medewerking te verlangen.¹⁷

Door dit vereiste komen twee zaken vast te staan: (1) het tijdstip waarop sprake is van uitblijven van medewerking (de ‘tekortkoming’ van de schuldeiser) en (2) de kennisgeving aan de schuldeiser dat zijn medewerking wordt verlangd (de ‘ingebrekestelling’ van de schuldeiser).

Anders dan in het geval van art. 6:74 BW veronderstelt verzuim in de zin van art. 6:58 en 59 BW niet dat de prestatie van de schuldeiser – zijn medewerking – nog mogelijk is. Verzuim in de zin van art. 6:58 en 59 BW omvat in ieder geval van ‘wanprestatie’ van de schuldeiser.

2.2.3 Overeenkomsten en verschillen

De corresponderende letters van par. 2.2.1 en 2.2.2 markeren de overeenkomsten en de verschillen tussen wanprestatie en schuldeisersverzuim: (a) het niet verlenen van de medewerking door de schuldeiser staat op één lijn met de

14 J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* (2008), nr. 351.

15 Zie bij voorbeeld HR 15 december 2006, *RvdW* 2007, 7 (*Dixons/ABN-Amro*): het ontbreken van een vergunning van Dixons voor het plaatsen van onder andere rolluiken voor haar winkel levert een haar als schuldeiser/opdrachtgever toerekenbare verhindering van de nakoming door de schuldenaar/aannemer op.

16 Zie voor een geval par. 3.1.

17 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 295. Het is een postulaat van het vermogensrecht dat de wederpartij niet zonder waarschuwing voor een voldongen feit wordt gesteld. Zie voor een vertaling van deze gedachte bij de opschortingsrechten HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (*Van Bommel/Ruijgrok*), rov. 3.4: ‘De huurder die zonder melding te maken van het gebrek zijn verplichting tot huurbetaling opschort, kan zich te dier zake evenmin op het opschortingsrecht van art.6:262 beroepen. Een en ander is slechts anders indien de huurder stelt en bewijst dat de verhuurder reeds in voldoende mate met de gebreken bekend was om tot het nemen van maatregelen over te kunnen gaan.’

tekortkoming van de schuldenaar en raakt de gedragsverplichtingen van partijen, (b) voorts moet in beide gevallen sprake zijn van toerekening (van de tekortkoming aan de schuldenaar respectievelijk van het uitblijven van medewerking aan de schuldeiser), (c) moet er causaal verband bestaan (tussen de tekortkoming en de schade respectievelijk tussen het uitblijven van medewerking en de verhindering van de nakoming door de schuldenaar) en (d) moet de wederpartij duidelijk zijn gemaakt wat van hem wordt verlangd (ingebrekestelling van de schuldenaar respectievelijk medewerking verlangen van de schuldeiser), waardoor (het tijdstip van) de tekortkoming respectievelijk het uitblijven van medewerking wordt gemarkeerd.

In de in art. 6:83 BW genoemde gevallen is ingebrekestelling niet nodig, omdat hetzij de wet hetzij de rechtshandeling zelf reeds duidelijkheid voor de schuldenaar schept wanneer hij moet presteren. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor schuldeisersverzuim: het expliciet verlangen van medewerking van de schuldeiser is niet nodig wanneer uit de verbintenis zelf al voortvloeit op welk tijdstip zijn medewerking wordt vereist. De winkelier die met de koper reeds een bezorgafsprake heeft, behoeft hem niet nogmaals te laten weten dat zijn medewerking wordt vereist.

De parallel tussen de tekortkoming van de schuldenaar en het uitblijven van medewerking van de schuldeiser aan de nakoming door de schuldenaar brengt mee dat de bepaling van het tijdstip, waarop rechtens eerst sprake is van het uitblijven van medewerking van nakoming, op dezelfde wijze geschiedt als waarop dat van de tekortkoming wordt vastgesteld.¹⁸ Met andere woorden, zolang de medewerking van de schuldeiser door de schuldenaar niet is verlangd of het tijdstip waarop zij moet worden verleend, niet reeds uit de wet of rechtshandeling zelf voortvloeit, is juridisch-technisch geen sprake van het uitblijven van medewerking.

Schade van de schuldenaar (e) kan uiteraard geen vereiste voor schuldeisersverzuim zijn, want de schuldeiser in verzuim is niet schadeplichtig jegens de schuldenaar,¹⁹ immers hij faalt slechts als schuldeiser en niet als schuldenaar. Evenmin kan 'nakoming' door de schuldeiser worden gevorderd door de schuldenaar.²⁰ Mijns inziens vloeit hieruit voort dat ook geen opschortingsbevoegdheid bestaat voor de wederpartij wanneer de schuldeiser zijn medewerking niet verleent, omdat zo'n bevoegdheid niet verenigbaar is met het feit dat nakoming door de schuldeiser niet kan worden afgedwongen.

Het is met name waar het betreft de hier genoemde drie rechtsgevolgen – schadevergoeding, nakoming en opschortingsbevoegdheid – dat wanprestatie en schuldeisersverzuim zich van elkaar onderscheiden. Zij manifesteren de

18 Zie hiervoor de laatste alinea van par. 2.2.1.

19 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 292.

20 *Vermogensrecht* (losbl.), art. 58 (bew. Ch.C.M. Nadorp-van der Borg), aant. 3.1; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 292.

noodzaak van een juiste kwalificatie van de verplichting tot medewerking aan de uitvoering van een verbintenis door de wederpartij.

De gevolgen van het schuldeisersverzuim zijn met name gelegen in de bevrijding van de schuldenaar van zijn verbintenis (art. 6:60 BW), in de verlichting van de aansprakelijkheid van de schuldenaar (art. 6:64 BW) en in de verzuimomslag (art. 6:61 BW).

3 VERPLICHTING TOT MEDEWERKING ALS SCHULDEISER OF ALS SCHULDENAAR?

De schuldeiser die ex art. 6:58 BW in verzuim verkeert, kan vervolgens als schuldenaar niet zijn verbintenis jegens de wederpartij opschorten met het argument dat hij de prestatie waarop hij als schuldeiser recht heeft, niet van hem heeft ontvangen (art. 6:54 sub a BW). De schuldenaar die toerekenbaar tekortschiet en hierdoor zijn wederpartij als schuldenaar dwingt de nakoming van diens verbintenis op te schorten, komt ten aanzien van de laatstgenoemde verbintenis ook als schuldeiser in verzuim te verkeren (art. 6:59 BW) en verkeert hierdoor in dubbel verzuim: als schuldenaar van de ene²¹ én als schuldeiser van de andere verbintenis. Beide bepalingen scheppen schuldeisersverzuim, maar vormen elkaars spiegelbeeld. In het eerste geval is de schuldeiser de oorzaak dat de schuldenaar niet kan presteren, in het tweede geval is de schuldenaar zelf hiervan de oorzaak omdat hij zijn wederpartij dwingt gebruik te maken van diens opschortingsbevoegdheid. Beide bepalingen zijn uitwerkingen van de redelijkheid en billijkheid en stoelen op de gedachte dat wie zijn wederpartij verhindert te presteren – waartoe blijktens art. 6:59 BW mede moet worden gerekend het geval dat de wederpartij wordt gedwongen zijn prestatieplicht op te schorten –, hiervan als schuldeiser de gevolgen zal (moeten) ervaren.

In verband met het verschil in rechtsgevolgen ontstaan er echter complicaties wanneer men een verplichting om mede te werken die geen verbintenis is, toch als een verbintenis gaat behandelen of omgekeerd, waardoor de posities van schuldeiser en schuldenaar worden verward of wanneer het onmogelijke wordt beproefd door op *dezelfde* verbintenis *simultaan* de regels van wanprestatie en van schuldeisersverzuim toe te passen. Dit zal worden geïllustreerd aan de hand van de eerste twee arresten, waarin in de genoemde volgorde deze gevallen zich voordeden. In het derde arrest dat wordt besproken, is het bijzondere geval aan de orde dat een verplichting tot medewerking een tweeledig karakter heeft: zij is tegelijk verbintenis en geen verbintenis, omdat zij over en weer tussen partijen bestaat.

21 In dit verband stel ik met verzuim van de schuldenaar op één lijn het geval dat de schuldenaar wanprestatie pleegt die leidt tot een blijvende onmogelijkheid van de nakoming en mitsdien niet als verzuim in de zin van art. 6:81 BW kan worden aangemerkt.

3.1 HR 1 februari 2008, NJ 2008, 83 (APR/Lavrijsen)

Lavrijsen wil zijn veehouderijbedrijf uitbreiden. In verband met de hierdoor toenemende ammoniakemissie krijgt hij slechts een milieuvergunning als elders in hetzelfde gebied een milieuvergunning wordt ingetrokken. Hiervoor kan APR zorgen, omdat zij van veehouder J. een onherroepelijke volmacht heeft diens vergunning te doen intrekken. APR en Lavrijsen sluiten hiertoe een overeenkomst, waarin, zakelijk weergegeven, onder meer het volgende is bepaald.²²

- 1 APR zal ten behoeve van de uitbreiding van het veehouderijbedrijf van Lavrijsen Burgemeester en Wethouders van Baarle-Nassau verzoeken de vergunning van veehouder J. in te trekken.
- 2 Als tegenprestatie zal Lavrijsen een bedrag betalen van f 215.388 als vergoeding voor J. en als provisie voor APR.
(...)
- 4 Het intrekingsbesluit zal eerst van kracht mogen worden indien, zodra en voor zover de door Lavrijsen aan te vragen of aangevraagde milieuvergunning onherroepelijk is geworden.
(...)
- 8 Indien een der partijen na in gebreke te zijn gesteld gedurende veertien dagen tekortschiet in de nakoming van een of meer voor hem uit deze overeenkomst voortvloeiende verbintenissen, zal de tekortschietende partij ten bate van de wederpartij een onmiddellijk opeisbare boete verbeuren van f 20.000.

In december 1996 heeft Lavrijsen, conform de overeenkomst, bij de notaris f 215.388 in depot gestort.

APR heeft op 8 januari 1997 aan de gemeente Baarle-Nassau verzocht de milieuvergunning van J. in te trekken. In april 1997 heeft Lavrijsen aan de gemeente Reusel-De Mierden een conceptaanvraag voor een milieuvergunning ingediend. Deze aanvraag is nimmer gevolgd door een definitieve aanvraag. Naar aanleiding van het verzoek van APR hebben B en W van Baarle-Nassau op 4 augustus 1997 de milieuvergunning van J. ingetrokken ten gunste van Lavrijsen, waarbij de effectuering van dat besluit afhankelijk is gesteld van de onherroepelijke verlening van een milieuvergunning aan Lavrijsen.

Bij brief van 8 februari 2000 hebben B en W van Reusel-De Mierden aan Lavrijsen meegedeeld dat na een hernieuwde toetsing van de conceptaanvraag blijkt dat de aanvraag strijdig is met de richtlijn Veehouderij en Stankhinder, hetgeen betekent dat de milieuvergunning voor wat betreft de uitbreiding van het aantal mestvarkenseenheden moet worden geweigerd.

Lavrijsen en APR vorderen over en weer vrijgave van het depot onder de notaris en veroordeling van de wederpartij tot betaling van de contractuele

22 De nummering volgt die van de overeenkomst van partijen.

boete. De rechtbank wijst de vordering van Lavrijsen tot vrijgave van het depot toe, maar die tot betaling van de boete af. Het hof bekrachtigt dit vonnis.

Het hof oordeelt

‘dat Lavrijsen zelf diende mee te werken om van zijn kant te verrichten wat nodig was om tot een bruikbare milieuvergunning te komen, en dat dit meewerken inhield dat Lavrijsen een aanvraag voor een definitieve vergunning moest indienen, omdat zonder een definitieve vergunning het intrekingsbesluit nooit definitief kon worden. Lavrijsen heeft geen aanvraag ingediend, waardoor APR dus in ieder geval nooit een definitief intrekingsbesluit kon verzorgen. Daarmee is er in beginsel, dat wil zeggen behoudens wanneer de oorzaak van de verhindering om de definitieve vergunning aan te vragen hem niet kan worden aangerekend (zie art. 6:58 slot BW), sprake van schuldeisersverzuim zijdens Lavrijsen.’

Het hof beschouwt de verplichting van Lavrijsen om een definitieve aanvraag voor een milieuvergunning in te dienen niet als een verbintenis, maar als een op hem als schuldeiser rustende verplichting uit hoofde van art. 6:58 BW om medewerking te verlenen aan de nakoming van de verbintenis van APR. De kwalificatie van deze verplichting van Lavrijsen als schuldeisersverzuim door het hof is om een reeks redenen onjuist: (1) een boete op niet-nakoming van een verplichting tot medewerking uit hoofde van art. 6:58 BW is een ongerijmdheid, omdat nakoming van een verplichting als schuldeiser niet kan worden afgedwongen, daar een schuldeiser niet tot medewerking verplicht is;²³ (2) artikel 8 maakt evident *beide* partijen boeteplichtig; (3) de verplichting van Lavrijsen is voor de overeenkomst zo cruciaal dat het een anomalie is haar niet als een verbintenis aan te merken. Dit wordt nog eens onderstreept door het boetebeding van artikel 8 van de overeenkomst. De voor het door partijen nagestreefde resultaat beslissende prestatie immers is die van Lavrijsen, waardoor het de omgekeerde wereld is deze niet als een *verbintenis* aan te merken. Gelet op artikel 4 van de overeenkomst was APR voor de verkrijging van haar vergoeding immers geheel afhankelijk van het handelen van Lavrijsen; (4) een verbintenis onderscheidt zich van een verplichting uit hoofde van art. 6:58 BW met name hierin dat van een verbintenis, zo nodig met gebruikmaking van civielrechtelijke dwangmiddelen, nakoming kan worden afgedwongen. Onmiskenbaar behoort dit het geval te zijn met de verplichting van Lavrijsen tot het aanvragen van een milieuvergunning reeds omdat zonder zo’n aanvraag APR geen recht had op betaling, daar hiervoor een onherroepelijke intrekking van de vergunning van J. nodig was en deze intrekking weer afhing van de toekenning van de milieuvergunning aan Lavrijsen, die op haar beurt weer afhankelijk was van een actief handelen van Lavrijsen. APR heeft derhalve een eigen, dat wil zeggen rechtens afdwingbaar, belang bij de nakoming van de

23 *Vermogensrecht* (losbl.), art. 58 (bew. Ch.C.M. Nadorp-van der Borg), aant. 3.1; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 292.

verplichting van Lavrijsen. Zij bezit alle kenmerken van een *verbintenis* en rust dus op Lavrijsen niet als schuldeiser, maar als schuldenaar.

In geval van een op Lavrijsen rustende *verbintenis* om een milieuvergunning aan te vragen zou niet art. 6:58 BW, waarvan het hof uitgaat, maar art. 6:59 BW van toepassing zijn geweest. Door de nauwe samenhang van deze verbintenis met die tot betaling van de vergoeding aan APR schiet Lavrijsen ook tekort in de nakoming van zijn betalingsverplichting.²⁴

Door zijn verkeerde invalshoek komt het hof niet toe aan de beantwoording van de vraag of deze tekortkoming aan Lavrijsen kan worden toegerekend. Het hof zit op de betooglijn van het schuldeisersverzuim ex art. 6:58 BW en ontkent het bestaan hiervan, omdat causaal verband ontbreekt tussen het uitblijven van de medewerking van Lavrijsen als schuldeiser en de verhindering van de nakoming van de verbintenis van APR.²⁵

De Hoge Raad geeft van dit oordeel van het hof in cassatie in rov. 3.3.1 sub d de volgende samenvatting: door af te zien van bewijslevering heeft Lavrijsen niet aangetoond dat het niet (tijdig) aanvragen van de vergunning hem niet kan worden toegerekend, zodat zijn schuldeisersverzuim in deze gegeven is. Anderzijds is onvoldoende komen vast te staan dat, als Lavrijsen wél aan zijn medewerkingsverplichting had voldaan en hij de vergunning wél (tijdig) had aangevraagd, APR harerzijds haar deel van de overeenkomst had kunnen nakomen, omdat in het geheel niet vaststaat dat de (veronderstelde) door de gemeente afgegeven milieuvergunning ooit definitief zou zijn geworden, waarmee het voorlopige intrekingsbesluit ook nooit de definitieve status zou hebben verkregen. In dit verband is de toegenomen aandacht voor milieuaspecten gekoppeld aan de uitbreiding van varkensstallen in Noord-Brabant van belang, en de omstandigheid dat daarover toentertijd veelvuldig werd geprocedeerd, alsmede de veranderende en veranderde inzichten rond de stankcirkel. Ook bij een tijdig door Lavrijsen ingediende aanvraag voor een milieuvergunning zou naar alle waarschijnlijkheid door de gemeente rekening zijn gehouden met het in het voorjaar van 1997 uitgebrachte rapport van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak over de beoordeling van de richtlijn Veehouderij en Stankhinder. In geval van beroep tegen de vergunning, waarop de kans zeer groot was, zou daarmee toch in ieder geval rekening zijn gehouden.

Het hof stelt dat Lavrijsen in beginsel in schuldeisersverzuim verkeert, omdat het uitblijven van zijn medewerking aan hem kan worden toegerekend, maar concludeert dat dit voor hem toch geen consequenties heeft wegens het

24 Zie in dit verband HR 16 september 1994, NJ 1995, 8 (*boedelscheiding vader en zoon*), waarin de Hoge Raad een nauwe samenhang aanneemt tussen de verbintenis tot het verlenen van medewerking aan de scheidingshandeling ten aanzien van een registergoed en de betalingsverplichting voor de verkrijging van dit registergoed. Niet-nakoming van de medewerking aan de scheidingshandeling heeft gelijke consequenties voor de betalingsverplichting.

25 Dit causaal verband vindt in art. 6:58 BW tot twee maal toe uitdrukking in het voegwoord: doordat.

ontbreken van causaal verband tussen het niet nakomen van de verplichting tot medewerking en de weigering van de milieuvergunning, waardoor niet voldaan is aan het wettelijke causaliteitsvereiste voor schuldeisersverzuim.

In cassatie klaagt APR over de bewijslastverdeling²⁶ en over de afwijzing van de gevorderde boete. Het cassatieberoep wordt verworpen. Ten aanzien van de boete gebeurt dat met een overweging die in abstracto juist, maar in concreto niet echt helder is:

‘Het hof heeft niet zonder meer uit zijn beslissing tot afwijzing van de vordering van APR tot vrijgave van het depot onder de notaris afgeleid dat geen grondslag bestaat voor de contractuele boete, maar het heeft kennelijk geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat Lavrijsen is tekortgeschoten in de nakoming van een of meer uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen.’

Op welke verbintenis hier wordt bedoeld, is onduidelijk. Op de betalingsverplichting van Lavrijsen kan hier niet zijn bedoeld, want hierop heeft de overweging inzake de vrijgave van het depot al betrekking. De enige uit de processtukken zichtbare verplichting die dan nog overblijft, is die tot aanvraag van de milieuvergunning, maar deze is door het hof niet als een verbintenis, maar als een verplichting van Lavrijsen als schuldeiser aangemerkt en ten aanzien hiervan overweegt de Hoge Raad in rov. 3.4.3 dat in cassatie niet wordt bestreden de vaststelling van het hof dat de vordering van APR was gebaseerd op schuldeisersverzuim van Lavrijsen. De Hoge Raad suggereert hierdoor dat in een op deze vaststelling gebaseerde klacht cassatiemuziek zou hebben gezeten. Kennelijk is de Hoge Raad van oordeel – en naar mijn mening terecht, zo moge duidelijk zijn – dat de verplichting van Lavrijsen een verbintenis is.

Doordat de uitspraak van het hof in stand wordt gelaten, zou wellicht de onjuiste indruk kunnen postvatten dat de rechter naar willekeur een verplichting tot medewerking kan aanmerken als een verbintenis of als een verplichting als schuldeiser. Het betreft hier echter een cassatietechnische kwestie: wordt niet geklaagd over een rechtsoordeel, in casu het rechtskarakter van de verplichting tot medewerking aan de uitvoering van de verbintenis, dan wordt dit in stand gelaten.

Het ware naar mijn mening beter en in ieder geval helderder geweest, indien de Hoge Raad de afwijzing van de gevorderde boete had gegrond op de vaststelling dat volgens artikel 8 van de overeenkomst alleen op schending van een verbintenis een boete stond en dat het hof had vastgesteld dat de verplichting van Lavrijsen tot aanvraag van een milieuvergunning geen verbintenis was.

Net als het hof houdt ook het cassatiemiddel de zaak niet zuiver. In middelonderdeel 1.2 wordt gesteld dat Lavrijsen als verweer heeft gevoerd dat het aanvragen van een vergunning slechts tot een afwijzing van dit verzoek had

26 Deze kwestie laat ik rusten.

kunnen leiden en dat dit verweer, gegeven 's Hofs kwalificatie van APR's betoog als een beroep op schuldeisersverzuim, zich niet anders laat kwalificeren dan als een beroep op de niet-toerekenbaarheid van zijn – in het niet doen van de definitieve vergunningaanvraag gelegen – verhindering van APR's nakoming. APR wordt echter in het geheel niet verhinderd zijn verbintenis na te komen. APR kon alles, wat zij ingevolge de verbintenis moest doen, te weten het indienen van een verzoek om de vergunning van J. in te trekken, zonder enige medewerking van Lavrijsen doen. Zij heeft dit ook gedaan en heeft hierdoor van haar kant alles gedaan wat de verbintenis van haar vergde. Lavrijsen kón haar in de nakoming hiervan zelfs niet hinderen. Wat Lavrijsen door niet mede te werken slechts kon bewerkstelligen, was dat hetgeen APR op grond van de op haar rustende verbintenis had gedaan voor haar niet tot het door haar beoogde resultaat, haar recht op provisie, zou leiden. Ook hieruit blijkt weer hoe gewrongen het is om in casu uit te gaan van een verplichting van Lavrijsen als schuldeiser.

Voorts wordt in het cassatiemiddel miskend dat het hof het verweer van Lavrijsen tevens heeft afgedaan met een beroep op het ontbreken van het door art. 6:58 BW vereiste causaal verband tussen het niet verlenen van medewerking en de niet-nakoming door de schuldenaar. Ook ten aanzien van het schuldeisersverzuim geldt hetgeen Veegens²⁷ heeft opgemerkt over de elementen van de onrechtmatige daad: zij vormen communicerende vaten en er bestaat meer overeenstemming over de vereisten zelf dan over hun onderlinge inhoudelijke afgrenzing.

Overigens zou bij een juiste benadering van de zaak door het hof, te weten de verplichting van Lavrijsen als een verbintenis aan te merken, de beslissing niet anders zijn geweest. In dat geval zou zijn geoordeeld dat de tekortkoming van Lavrijsen als schuldenaar niet tot zijn aansprakelijkheid zou hebben geleid, omdat tussen zijn tekortkoming en de schade van APR geen causaal verband zou hebben bestaan, immers ook bij correcte nakoming door Lavrijsen zou de vergunning zijn geweigerd.

Het eindresultaat is derhalve juist. De weg er naar toe verdient echter niet de schoonheidsprijs. Hetzelfde geldt voor de volgende uitspraak.

3.2 Hof Arnhem 14 november 2000, NJ 2002, 191 (*Viking Productions/Olde Dubbelink Gastronomoom*)

Ging de vorige zaak over een onjuiste kwalificatie van de verplichting om mede te werken, in de thans te bespreken zaak is dit eveneens het geval, maar wordt tevens het onmogelijke beproefd: op *dezelfde* verbintenis *simultaan* de regels van wanprestatie en van schuldeisersverzuim toepassen.

27 Noot onder HR 9 december 1960, NJ 1961, 1 (Jaguar).

De zaak gaat over een rel in een discotheek, die een voortijdig einde maakt aan het optreden van de gecontracteerde band. De discotheekhouder weigert vervolgens om deze reden de overeengekomen gage te betalen.

Viking Productions – verder: Viking – is een boekingskantoor waar optredens van artiesten kunnen worden geboekt. Olde Dubbelink Gastronomoom – verder: Olde Dubbelink – exploiteert een discotheek en boekt bij Viking een optreden van de band P.A. In de overeenkomst is onder meer het volgende bepaald:

- 1 indien het podium lager is dan 1 meter, verplicht Olde Dubbelink zich om dranghekken te plaatsen;
- 2 de security wordt in overleg met de tourmanager bepaald;
- 3 Olde Dubbelink verklaart met de prestaties van de artiesten alleszins bekend te zijn.

Ondanks dat het podium lager is dan 1 meter, zijn dranghekken niet geplaatst. Het optreden van de band P.A. zou 30 minuten duren, maar is voortijdig door P.A. zelf afgebroken, omdat het publiek onder andere met glazen naar de band ging gooien. De beweegredenen hiervoor blijken uit de volgende rechtsoverweging van het hof, dat de vordering van Viking tot betaling van de gage afwijst wegens wanprestatie van de band:

‘4.4. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat het bewuste optreden van de P.A., waarbij het door de bandleden maken van een gebaar, dat door het publiek kon worden begrepen als het uitbrengen (lees: brengen) van de Hitler-groet, en waarbij het publiek werd aangesproken als “boeren”, een aan Viking als leverancier van de P.A. toe te rekenen tekortkoming jegens Olde Dubbelink oplevert.’

Vervolgens behandelt het hof grief 2 en overweegt:

‘4.8 In grief 2 komt Viking op tegen het oordeel van de rechtbank in haar eindvonnis (in rov. 5 onder c), dat Viking aan een beroep op schuldeisersverzuim zijdens Olde Dubbelink niet toekomt.

4.9 Vaststaat dat de tourmanager K. (en de overige crewleden) van de P.A. zich op 5 oktober 1996 in de namiddag in discotheek De Kul hebben gemeld om het optreden van de P.A. voor te bereiden, alsmede dat K. toen de locatie van het optreden heeft geïnspecteerd. K. had contractueel, waar toch het podium in De Kul lager was dan contractueel vastgelegd en geen dranghekken aanwezig waren, de mogelijkheid het optreden van de P.A. niet door te laten gaan, maar hij heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt en aldus te kennen gegeven dat de bedongen prestatie, het optreden van de P.A., ook zonder die maatregelen verricht zou worden. Daarmee hebben de P.A. en in hun voetspoor Viking het recht verwerkt zich jegens Olde Dubbelink te beklagen over het ontbreken van dranghekken tijdens het optreden van de P.A.

4.10 Ditzelfde geldt met betrekking tot de security, gesteld al dat vaststaat dat het contractueel overeengekomen aantal veiligheidsmensen niet aanwezig is geweest.

4.11 Bovendien acht het hof aannemelijk dat het tumult vanuit het publiek, dat met glazen ging gooien naar de leden van de P.A., feitelijk niet met dranghekken

en meer veiligheidsmensen te keren zou zijn geweest. Aldus ontbreekt het vereiste verband tussen de aan het schuldeisersverzuim ten grondslag gelegde verwijt en de feitelijke oorzaak van de verhindering van het optreden. Op zich dient de omstandigheid dat de situatie voor de artiesten door het gooien van bierglazen tot twee keer toe te onveilig werd en het optreden daardoor moest worden onderspectievelijk afgebroken, in beginsel ook als schuldeisersverzuim ten aanzien van het verrichten van de overeengekomen prestatie te worden beschouwd, doch in dit geval is dat anders aangezien het tumult in het publiek zijn aanleiding vond in de gedragingen van de P.A., die ondanks andersluidend verzoek van Olde Dubbelink doorgingen met het nummer dat slecht was ontvangen. Het risico van het niet kunnen brengen van de prestatie lag daardoor bij Viking.

4.12 Uit het vorenoverwogene volgt dat geen sprake is van schuldeisersverzuim zijdens Olde Dubbelink, dan wel – waar de rechtbank in haar eindvonnis, blz. 3, ad c, eerste volzin, ook lijkt te hebben gedacht aan toepassing van artikel 6:101 BW – dat Olde Dubbelink medeschuld heeft aan het staken van het optreden van de P.A.’

Tegen de redenering van het hof bestaan ernstige bezwaren. Met de vaststelling door het hof in rov. 4.4 dat Viking wanprestatie had gepleegd jegens Olde Dubbelink, was het pleit al beslecht. Reeds op grond hiervan had het hof de vordering van de band tot betaling van de gage kunnen afwijzen en het beroep op schuldeisersverzuim terzijde kunnen schuiven, omdat verzuim van de schuldenaar verzuim van de schuldeiser uitsluit (art. 6:61 BW). Een onderzoek naar het schuldeisersverzuim van Olde Dubbelink was hierdoor volkomen overbodig.

Het hof werkt zich echter flink in de nesten door in rov. 4.11 te overwegen dat het staken van het optreden van de band in beginsel schuldeisersverzuim van Olde Dubbelink oplevert. Kennelijk is het hof van oordeel dat de nakoming van de verbintenis van de band werd verhinderd doordat Olde Dubbelink als schuldeiser zijn verplichting tot medewerking niet was nagekomen. Het hof miskent hierdoor: (a) dat van een verhindering van de nakoming door de band geen sprake kan zijn, omdat de prestatie waarin de band is tekortgeschoten, het optreden, niet afhankelijk was van de nakoming van een verplichting tot medewerking van Olde Dubbelink als schuldeiser, hetgeen een wezenlijke voorwaarde is voor schuldeisersverzuim. Zijn medewerking was nodig voor een fase die aan dit optreden voorafging en raakt dus een ander element van de overeenkomst; (b) dat de verplichting tot het treffen van veiligheidsvoorzieningen een verbintenis is, omdat zij alle kenmerken hiervan bezit. Zo was nakoming van deze verplichting via de uitoefening van dwangmiddelen afdwingbaar en had de band een bevoegdheid tot opschorting bij niet-nakoming daarvan. Een opschortingsbevoegdheid bestaat niet bij het niet-nakomen van een verplichting tot medewerking als schuldeiser, terwijl ook nakoming van een verplichting als schuldeiser niet kan worden afgedwongen

daar een schuldeiser niet tot medewerking verplicht is;²⁸ (c) dat ten aanzien van dezelfde verbintenis niet tegelijkertijd sprake kan zijn van schuldenaars- en schuldeisersverzuim. In rov. 4.4 neemt het hof wanprestatie van P.A. aan, in rov. 4.11 stelt het hof met zoveel woorden dat Olde Dubbelink in beginsel in schuldeisersverzuim verkeert.

Kennelijk voelt het hof nattigheid en neemt het in rov. 4.11 uiteindelijk toch geen schuldeisersverzuim aan, omdat de tekortkoming van de band, het afbreken van het optreden, voor risico van de band kwam. Met andere woorden, de band pleegt volgens het hof wanprestatie, maar dit had het hof al met zoveel woorden vastgesteld in rov. 4.4! Zonder het kennelijk in de gaten te hebben, is het hof bij art. 6:61 BW uitgekomen en was de omweg van het schuldeisersverzuim onjuist, onlogisch, zinloos en verwarringwekkend. De weerlegging van het beroep op schuldeisersverzuim kan slechts naar het moeras voeren, omdat het hof aan de verkeerde kant van de verbintenis, namelijk de schuldeiserskant, opereert. En dit is dan ook precies wat gebeurt.

Ter weerlegging van het beroep op schuldeisersverzuim beroept het hof zich in rov. 4.9 op rechtsverwerking. Deze rechtsfiguur veronderstelt echter het bestaan van het door het hof uiteindelijk juist ontkende schuldeisersverzuim! Voorts roept deze overweging de intrigerende vraag op, die ik ontkenkend beantwoord, of een recht op medewerking, waarvan nakoming niet kan worden afgedwongen omdat het geen verbintenis is, überhaupt kan worden verwerkt. Rechtsverwerking is uitsluitend mogelijk ten aanzien van een verbintenis. Dit is overigens wederom een aanwijzing dat de verplichting tot medewerking van Olde Dubbelink een verbintenis is. In rov. 4.11 beroept het hof zich vervolgens op het ontbreken van causaliteit en op toerekening van de verhindering van het optreden aan P.A. zelf. Alleen deze argumenten kunnen een beroep op schuldeisersverzuim ontzenuwen, omdat causaliteit en toerekening vereisten zijn voor schuldeisersverzuim.²⁹ Ten slotte beroept het hof zich in rov. 4.12 op het ontbreken van medeoorzakelijkheid. In plaats van kort en goed te stellen dat iets wat er niet is, te weten schuldeisersverzuim, nooit medeoorzaak kan zijn, volgt het hof de redenering dat de schade is veroorzaakt door wanprestatie en, zo voeg ik hieraan toe, kennelijk niet door schuldeisersverzuim. Deze constatering is weliswaar juist, maar minder geschikt om een beroep op medeoorzakelijkheid te weerleggen.

Uit de gedingstukken blijkt niet dat in de procedure iets is gedaan met het contractuele beding, waarin Olde Dubbelink verklaart bekend te zijn met de prestaties van de band. Of zich met de band vaker incidenten van deze aard hebben voorgedaan, blijkt niet uit de uitspraak. Mocht dit het geval zijn geweest, dan kon achter de wanprestatie van de band een levensgroot vraagteken worden geplaatst, omdat de discotheekhouder dan willens en wetens

28 *Vermogensrecht* (losbl.), art. 58 (bew. Ch.C.M. Nadorp-van der Borg), aant. 3.1; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 292.

29 Zie par. 2.2.2.

het risico van een rel zou hebben genomen. Zelfs zou dan kunnen worden betwijfeld of überhaupt sprake was van een tekortkoming, omdat de band in dat geval haar gebruikelijke, immers onorthodoxe optreden zou hebben verzorgd, terwijl uit de overeenkomst niet van andere eisen aan dit optreden blijkt.

3.3 HR 16 september 1994, NJ 1995, 8 (*Boedelscheiding vader en zoon*)

Ging het in de beide vorige zaken over een onjuiste kwalificatie van een verplichting tot medewerking, in de onderhavige zaak hebben we te maken met een verplichting tot medewerking die een tweeledig karakter heeft: zij is tegelijk verbintenis en geen verbintenis.

In deze zaak hebben een vader en diens zoon in 1977 gezamenlijk een woonhuis gekocht en in eigendom verkregen. Ter financiering van de aankoop hebben zij een hypothecaire geldlening afgesloten, waarop maandelijks aan rente en aflossing door de vader f 751,63 en door de zoon f 862,37 diende te worden betaald. Begin 1984 heeft de vader zijn intrek in de woning genomen. Bij onderhandse akte van 11 april 1984 heeft hij zich jegens de zoon verplicht om, zodra deze de wens daartoe te kennen zou geven, diens aandeel in het huis zo spoedig mogelijk over te nemen voor een bedrag van f 102.500. Vier dagen later, op 15 april 1984, heeft de zoon zijn vader medegedeeld zijn aandeel aan hem te willen overdoen. De vader heeft de hiertoe vereiste medewerking echter niet verleend.

Bij exploit van 18 december 1987 heeft de zoon de vader nogmaals aangezegd dat hij zijn aandeel in het huis tegen de overeengekomen prijs wilde overdragen en de vader gedagvaard tot uitvoering van de overeenkomst, waaronder begrepen de betaling van de overnamesom, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding.

De zoon heeft bij dagvaarding van 14 maart 1988 een tweede procedure tegen de vader aangespannen, waarin hij, kort samengevat, betaling vorderde van: (A) de sedert 1 februari 1986 door de zoon voor de vader betaalde hypotheekaflossing en -rente (te vermeerderen met de wettelijke rente over die bedragen); (B) rente over de overnamesom over de periode van 15 april 1984 tot 17 december 1987 (eveneens te vermeerderen met wettelijke rente) alsmede de helft van de door de zoon betaalde opstalverzekeringspremie over de periode van 15 april 1984 tot de dag van de eigendomsoverdracht.

Het hof wijst de vorderingen gedeeltelijk toe. De zoon klaagt in cassatie onder andere over de afwijzing van de verdragingsrente. De Hoge Raad casseert:

'3.2 Middel I keert zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen 's Hofs oordeel (rov. 5 van het eindarrest) dat het geen grond ziet voor de betaling van de wettelijke rente over de door de vader te betalen overnamesom van f 102 500.

Het Hof heeft in rov. 5 (2) van zijn tussenarrest overwogen dat de vader erkent dat de zoon een opeisbare vordering op hem heeft tot uitvoering van hetgeen partijen in de akte van 11 april 1984 zijn overeengekomen. In zijn eindarrest heeft het Hof, na het beroep van de vader op betalingsonmacht en op misbruik van recht te hebben verworpen, met betrekking tot de vordering strekkende tot veroordeling van de vader om mee te werken aan een notariële akte van toescheiding onder gelijktijdige betaling van de overnamesom van f 102 500 geoordeeld (rov. 5, eerste zin) dat deze kan worden toegewezen in voege als in het dictum van het arrest vermeld. Hierin ligt besloten dat de vader niet alleen reeds in verzuim was met de nakoming van zijn verplichting tot tijdige medewerking aan bedoelde akte, maar evenzeer met de nakoming van zijn – in feite de hoofdverbintenis van de vader uitmakende – verplichting tot betaling van de overnamesom. Daaruit vloeit tevens voort dat de vader deze betaling – anders dan het Hof wellicht heeft aangenomen – ook niet, wegens de samenhang met de toescheiding, tot die toescheiding kan opschorten. Dit laatste strookt ook met het huidige art. 6:54 BW, nu de vader, doordat hij de verplichting tot medewerking aan de toescheiding niet nakwam en zo die toescheiding verhinderde, tevens ter zake van zijn recht op toescheiding in schuldeisersverzuim kwam en zich hier derhalve het in dat artikel onder a bedoelde geval voordeed.'

De uitspraak versta ik aldus: de vader is als *schuldeiser* verplicht mede te werken aan de totstandkoming van de akte van boedelscheiding. Door deze medewerking niet te verlenen komt hij als schuldeiser in verzuim te verkeren en mist hij hierdoor op grond van art. 6:54 sub a BW een opschortingsbevoegdheid waar het zijn verbintenis tot betaling van de overnamesom betreft. Deze conclusie volgt niet alleen uit de tweede zin van de tweede alinea, waarin de Hoge Raad niet rept van een verbintenis, maar van een verplichting tot medewerking, maar vooral uit de verwijzing in de derde zin van die alinea naar art. 6:54 sub a BW. Dit artikel veronderstelt dat sprake is van schuldeisersverzuim. Dit staat er vervolgens aan in de weg dat de vader zich als schuldenaar kan beroepen op een bevoegdheid om zijn verplichting tot betaling van de overnamesom op te schorten.

Het verschil met de beide vorige zaken is dat we in deze zaak te maken hebben met een verplichting die op de vader rust niet alleen als schuldeiser, maar ook als schuldenaar. In het eerste geval is zij geen verbintenis, in het tweede wél. Enerzijds is hij als *schuldeiser* van zijn zoon gehouden medewerking te verlenen aan de totstandkoming van de akte van boedelscheiding, anderzijds is hij als *schuldenaar* tot diezelfde medewerking verplicht. Dit komt doordat de verplichting tot boedelscheiding *over en weer* bestaat tussen vader en zoon en mitsdien tussen hen in twee verschillende verbintenissen is ingebed, ten aanzien waarvan ieder van hen in de ene als schuldeiser en in de andere als schuldenaar figureert.

Verdedigbaar is evenwel dat het arrest anders moet worden geïnterpreteerd en wel aldus: de vader is als *schuldenaar* in dubbel verzuim: én ten aanzien van zijn *verbintenis* tot medewerking aan de boedelscheiding én ten aanzien van die tot betaling van de overnamesom en dus is hij schadeplichtig. Welis-

waar wordt in de op twee na laatste zin tot twee maal toe van een verplichting en niet van een verbintenis gesproken, maar de verplichting tot betaling van de overnamesom is onmiskenbaar een verbintenis – de Hoge Raad merkt in de zin tussen liggende streepjes met zoveel woorden deze verplichting aan als hoofdverbintenis –, terwijl de Hoge Raad beide verplichtingen op één lijn stelt, waardoor aannemelijk is dat ook de eerstgenoemde verplichting, die tot medewerking aan de boedelscheiding, door de Raad als een verbintenis wordt aangemerkt. Hierop wijst ook de passus die door de Hoge Raad tussen liggende streepjes is geplaatst. Als controletoeets voor de juistheid van het eindresultaat en dus als argument ten overvloede gebruikt de Hoge Raad vervolgens het schuldeisersverzuim: door ook als schuldeiser niet mede te werken aan de akte van boedelscheiding raakt de vader als schuldeiser in verzuim en kan hij op grond van art. 6:54 sub a BW als schuldenaar zijn betalingsverplichting van de overnamesom niet opschorten en verkeert hij door niet te betalen als schuldenaar eveneens in verzuim en is hij gehouden tot vergoeding van de vertragingsschade, zijnde de wettelijke interessen.

Vanwege het dubbele karakter van de verplichting tot medewerking leiden in dit geval beide wegen naar Rome. Dit is mijns inziens het enige geval, waarin gekozen kan worden tussen de regels van schuldeisersverzuim en die van wanprestatie. Hier doet zich niet de in par. 3.2 gesignaleerde onmogelijkheid voor, omdat geen sprake is van simultane toepassing van de regels van wanprestatie en die van schuldeisersverzuim op *dezelfde* verbintenis. Het schuldeisersverzuim raakt de ene verbintenis, de wanprestatie de andere. Het bijzondere is slechts dat beide verbintenissen dezelfde inhoud hebben waar het de verplichting tot medewerking aan de totstandkoming van de akte van boedelscheiding betreft.

4 AFRONDING

Voor een juiste maatvoering is het zaak bij het analyseren van de rechtsbetrekking nauwgezet vast te stellen of een verplichting van een partij om mede te werken aan de uitvoering van een verbintenis heeft te gelden als verbintenis of als een verplichting die op hem als schuldeiser rust. Een verplichting dient als verbintenis te worden aangemerkt, indien zij alle essentiële kenmerken van een verbintenis bezit, met name dat nakoming kan worden afgedwongen, hetzij gerechtelijk, hetzij door uitoefening van een opschortingsbevoegdheid en dat in geval van haar schending schadevergoeding kan worden gevorderd. De wederpartij van degene die tot medewerking is gehouden, moet derhalve een eigen, dat wil zeggen rechtens afdwingbaar belang hebben bij verlening van die medewerking wil sprake zijn van een verbintenis. Met name de hier genoemde drie rechtsgevolgen markeren het verschil tussen wanprestatie en schuldeisersverzuim en onderstrepen het belang van een juiste kwalificatie van een verplichting tot medewerking aan de uitvoering van een verbintenis.

Een tweede kompas vormt de uitleg van de rechtsverhouding van partijen. Is een verplichting wezenlijk voor de rechtsbetrekking of hebben partijen haar nakoming gezekerd door een boetebeding, dan is stellig sprake van een verbintenis.

Soms heeft een verplichting tot medewerking een dubbel karakter: zij is tegelijk verbintenis en leidt tot verplichting(en) tot medewerking. Dit doet zich voor wanneer zij tussen partijen over en weer bestaan. In zo'n geval staan twee invalshoeken tegelijk open: die van schuldeisersverzuim en die van wanprestatie.

Te snel wordt in de praktijk aangenomen, dat nakoming van een verbintenis door de schuldenaar zonder medewerking van de schuldeiser niet mogelijk is. De in par. 3.1 en 3.2 besproken arresten vormen hiervan een illustratie.

Een logische onmogelijkheid, die dan ook door art. 6:61 BW wordt uitgesloten, is een simultane toepassing van de artikelen 6:58 of 59 BW en 6:74 BW op dezelfde verbintenis.

7 De maatman in het onrechtmatige daadsrecht: onderzoek naar enkele regels van *soft law*

P.C.J. De Tavernier & J.A. van der Weide[■]

1 INLEIDING

‘Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet.’¹ Wie is de maatman in het onrechtmatige daadsrecht? Degene die de als onrechtmatig te bestempelen handeling heeft verricht, met al zijn sterke en zwakke eigenschappen? Of moeten de gedragingen van ‘de dader’ worden geobjectiveerd en dienen deze te worden afgezet tegen het maatschappelijke veld waarvan hij deel uitmaakt?² In deze bijdrage wordt de persoon van de maatman – de *reasonable man* – onderzocht aan de hand van de regels van *soft law* aan beide zijden van de Atlantische Oceaan: de Europees georiënteerde *Principles of European Tort Law* (hierna: PETL) en de Amerikaanse (*Draft*) *Third Restatement of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (hierna: Third Restatement Torts).³ We beperken ons daarbij tot de maatman als referentiepunt bij de beoordeling van onzorgvuldig gedrag (*negligence*) in het raam van een toerekenbare onrechtmatige gedraging (hierna: fout), met een bijzondere aandacht voor kinderen en personen met een lichamelijke of geestelijke beperking. Vanuit dit perspectief zal ook de positie van de maatman in enkele hervormingsvoorstellen en modelregelingen op het Europese vasteland worden behandeld: de Zwitserse *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts* uit 1999,⁴ het Oostenrijkse *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts* (2005)⁵ en de begin 2008 gepubliceerde *Draft Common Frame of Reference*.⁶

■ P.C.J. De Tavernier & J.A. van der Weide zijn universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Vgl. Matteus 7, 12: ‘Alle [dingen] dan, die gij wilt, dat u de mensen zou doen, doet gij hun ook also; want dat is de wet en de profeten.’

2 Vgl. Helmut Koziol, ‘Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998, p. 111-128.

3 Vgl. in dit verband Jane Stapleton, ‘Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation’, *Journal of Tort Law* 2007, p. 1-45; Andreas Schwartze, ‘Europäisierung des Zivilrechts durch soft law. Zu den Wirkungen von Restatements, Principles, Modellgesetzen und anderen nicht verbindlichen Instrumenten’, *German Working Papers in Law and Economics* 2007, Paper 6.

4 Pierre Widmer & Pierre Wessner, ‘Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Vorentwurf eines Bundesgesetzes’, 1999. De tekst van het voorontwerp en de toelichting (hierna: *Erläuternder Bericht*) daarop zijn te raadplegen via de website <www.ejpd.admin.ch>.

5 Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006.

Leiden deze omzwervingen tot de conclusie dat ‘de maatman’ in het onrechtmatige daadsrecht een universeel begrip is? Of moet er, gelet op bestaande verschillen tussen de onderzochte teksten, eerder worden gesproken van een *relatief* universele maatstaf?

2 BETEKENIS EN INHOUD VAN DE PETL EN DE THIRD RESTATEMENT TORTS

De PETL en de Third Restatement Torts zijn geen producten van wetgevende arbeid. Beide betreffen regelingen van *soft law*. De *Principles of European Tort Law* zijn in 2005 gepubliceerd door de *European Group on Tort Law*.⁷ Deze groep bestaat uit, voornamelijk Europese, experts op het gebied van het onrechtmatige daadsrecht. De PETL zijn een academisch experiment, gericht op de versterking en harmonisatie van het onrechtmatige daadsrecht binnen Europa.⁸ In dit opzicht zijn de PETL te vergelijken met de *Principles of European Contract Law* van de Lando-groep.⁹ Zoals in de toelichting op de PETL nadrukkelijk wordt opgemerkt, is hierbij geen sprake van een *Restatement* in de zin van het Amerikaanse recht. Daarvoor zijn de verschillen tussen de Europese rechtssystemen te groot.¹⁰

Sinds zijn oprichting in 1923 publiceert *The American Law Institute* met enige regelmaat *Restatements of the Law* op uiteenlopende deelterreinen van het (privaat)recht.¹¹ Binnen de context van een niet-legislatieve traditie vormen de *Restatements* een weerslag van het geldende recht.¹² Op het gebied van het onrechtmatige daadsrecht (*Torts*) wordt thans aan de derde *Restatement*

6 Study Group on a European Civil Code & Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München: Sellier 2008.

7 Zie voor de tekst en de toelichting daarop European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien: Springer 2005. Zie voorts <www.egt.org>.

8 Vgl. Jaap Spier, ‘General Introduction. The Principles of European Tort Law of the European Group on Tort Law’, in: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 16, nr. 30.

9 Zie The Commission on European Contract Law, Ole Lando & Hugh Beale, *The Principles Of European Contract Law* (Parts I en II), Deventer: Kluwer Law International 1999, alsmede Ole Lando, André Prüm, Eric Clive & Reinhard Zimmerman, *The Principles Of European Contract Law* (Part III), Deventer: Kluwer Law International 2003.

10 Vgl. Spier 2005, p. 16, nr. 31.

11 *The American Law Institute* heeft tot doel ‘to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice, and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work.’ Zie <www.ali.org> (‘ALI Brochure’).

12 Vgl. A Handbook for ALI Reporters, p. 4 (te raadplegen via <www.ali.org>): ‘Restatements are addressed to courts and others applying existing law. Restatements aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might plausibly be stated by a court. Restatement black-letter formulations assume the stance of describing the law as it is.’

gewerkt. In 1996 is het project gestart voor een *Third Restatement of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*. Deze derde *Restatement* moet algemene elementen aanreiken voor onrechtmatige daadsacties in het kader van personen- en zaakschade.¹³ In juni 2007 is het vijfde voorlopige ontwerp gepubliceerd. De *Tentative Draft No. 5* heeft specifiek betrekking op *emotional disturbance*.

2.1 PETL

De *Principles of European Tort Law* bestaan uit zes titels. De eerste titel (hoofdstuk 1) kent slechts één bepaling. In art. 1:101 is de *basic norm* geformuleerd:

'A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.'

Vervolgens zijn in art. 1:101 een drietal toerekeningsgronden geformuleerd, waaronder *fault*.¹⁴ Titel II (*General Conditions of Liability*) ziet op de algemene voorwaarden voor aansprakelijkheid, te onderscheiden in *Damage* (hoofdstuk 2) en *Causation* (hoofdstuk 3). Art. 2:102 bevat een catalogus van te beschermen belangen, uiteenlopend van het recht op leven (hoogste graad van bescherming) tot aan de bescherming van economische belangen (laagste beschermingsgraad). De bepaling moet in samenhang worden gelezen met art. 3:201 (*Scope of Liability*) waarin, in het kader van de causaliteitsvraag, de aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen van een aantal factoren afhankelijk wordt gesteld, zoals de voorzienbaarheid (*foreseeability*) en het relativiteitsvereiste.¹⁵

In Titel III (*Bases of Liability*) is de grondslag voor aansprakelijkheid geformuleerd. Deze titel is uit drie hoofdstukken opgebouwd: *Liability Based on Fault* (hoofdstuk 4), *Strict Liability* (hoofdstuk 5) en *Liability for Others* (hoofdstuk 6). De twee belangrijkste bepalingen van Titel III bevinden zich direct aan het begin. Uitgangspunt in Titel III is het principe van de foutaansprakelijkheid (art. 4:101):

'A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.'

Art. 4:101 dekt zowel de gevallen van opzettelijk (*intentional*) als nalatig (*negligent*) handelen. Dit handelen moet vervolgens in strijd zijn met de *required standard of conduct* van art. 4:102 wil het tot aansprakelijkheid leiden. Voor onze bijdrage is art. 4:102 een kernbepaling. Hier wordt in het eerste lid de

13 Zie <www.ali.org> ('Current Projects').

14 Zie nader T. Hartlief, 'PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault', *AV&S* 2007, p. 49-54.

15 Vgl. in dit verband art. 6:98 BW.

persoon van de maatman (*reasonable person*) ‘neergezet’ aan de hand van een aantal objectieve wegingsfactoren, zoals het genomen risico (*the dangerousness of the activity*), de mate van deskundigheid (*expertise*) en de voorzienbaarheid van de schade (*foreseeability of the damage*). Met deze factorencatalogus wordt het flexibele karakter van de PETL benadrukt. De opstellers hebben zich hier duidelijk laten inspireren door het zogenaamde *flexible system of bewegliches System* van de Oostenrijkse jurist Wilburg.¹⁶ De *required standard of conduct* is niet uitsluitend een objectief begrip, maar kan blijkens het tweede lid van art. 4:102 subjectief worden ‘bijgesteld’, indien de leeftijd van de dader, diens lichamelijke of geestelijke gesteldheid (*mental or physical disability*) of uitzonderlijke omstandigheden (*extraordinary circumstances*) daartoe aanleiding geven. Aan art. 4:102 zal afzonderlijk aandacht worden besteed in par. 4.3.1.

De verweermiddelen of rechtvaardigingsgronden (*Defences*) en het vraagstuk van de groepsaansprakelijkheid (*Multiple Tortfeasors*) zijn geregeld in de Titels IV (hoofdstuk 7-8) en V (hoofdstuk 9). Zo is krachtens art. 7:101 aansprakelijkheid onder meer uitgesloten bij zelfverdediging (sub a) en ingeval van toestemming (sub d). In art. 8:101 is een regeling voor eigen schuld opgenomen (*Contributory Conduct or Activity of the Victim*). Titel V (*Multiple Tortfeasors*) komt op hoofdlijnen overeen met die van art. 6:166 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Krachtens art. 9:101 is iedere mededader hoofdelijk aansprakelijk, maar kan op grond van art. 9:102 onderling regres worden genomen.

Titel VI (hoofdstuk 10), ten slotte, is in zijn geheel gewijd aan de *Remedies*. Gebruikelijk is een schadevergoeding in geld (art. 10:101), maar deze kan blijkens art. 10:104 (*Restoration in Kind*) ook in een andere vorm plaatsvinden. Op grond van de afdelingen 2 en 3 van hoofdstuk 10 komt zowel materiële (*Pecuniary Damage*) als immateriële schade (*Non-Pecuniary Damage*) voor vergoeding in aanmerking.

2.2 Third Restatement Torts

Alvorens in te gaan op de inhoud van de Third Restatement Torts willen we in het kort, ter nadere kennismaking, een beknopte beschrijving geven van de opzet van de *Restatements*. Een *Restatement* kan het beste worden getypeerd als een set losse regels (*black letters*) die de stand van het geldende recht weergeven. Zie bijvoorbeeld § 4 van de Third Restatement Torts waarin een definitie wordt gegeven van de term ‘Physical harm’:

16 Zie over de keuze voor Wilburgs systeem Helmut Koziol, ‘Die “Principles of European Tort Law” der European Group on Tort Law’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2004, p. 235-236 en J. Spier en O.A. Haazen, ‘The European Group on Tort Law (“Tilburg Group”) and the European Principles of Tort Law’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1999, p. 485-486.

“Physical harm” means the physical impairment of the human body (“bodily harm”) or of real property or tangible personal property (“property damage”). Bodily harm includes physical injury, illness, disease, and death.’

Iedere *black letter* wordt voorzien van een algemeen commentaar (*Comment*) waarin de achtergrond en de ratio van de *black letter* wordt toegelicht. Na de *Comment* volgen de *Illustrations*. Dikwijls zijn dit voorbeelden, ontleend aan de jurisprudentie, aan de hand waarvan de concrete werking van de desbetreffende *black letter* wordt geïllustreerd. Afgesloten wordt met een *Reporter’s Note* waarin de opsteller van de *black letter* onder gebruikmaking van gedetailleerde bronvermeldingen de door hem gemaakte keuzes en gekozen formuleringen verantwoordt.¹⁷

De *Third Restatement of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* bestaat thans uit acht (concept) hoofdstukken. Het voorlopige ontwerp van hoofdstuk 8 (*Liability For Emotional Disturbance*) is recentelijk, in juni 2007, gepubliceerd. Een negende – tevens laatste hoofdstuk – is nog in voorbereiding. Dit hoofdstuk zal in het bijzonder betrekking hebben op zorgverplichtingen van eigenaren van onroerende zaken.

Het eerste hoofdstuk (§ 1-3) van de *Third Restatement Torts*, getiteld ‘Intent, Recklessness, And Negligence: Definitions’, bestaat louter uit definities en omschrijft de begrippen *intent* (opzet), *recklessness* (roekeloos gedrag) en *negligence* (onachtzaam handelen). Zo bevat bijvoorbeeld § 3 (*Negligence*) voor onze bijdrage een sleutelbepaling:

‘A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances.’

Vervolgens noemt de bepaling een drietal factoren die de term ‘reasonable care’ nader inkleuren: i) de grootte van de kans op schade (*the foreseeable likelihood*), ii) de ernst van de schade (*the foreseeable severity*) en iii) de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen (*the burden of precautions*). De geoefende lezer herkent hierin onmiddellijk de beroemde *Hand Formula*,¹⁸ die model heeft gestaan voor de bepaling, § 3 van de *Third Restatement Torts* en het begrip ‘reasonable care’ zullen worden besproken in par. 4.3.2.

Hoofdstuk 2 (*Liability For Physical Harm*) (§ 4-6) definieert in § 4 de term ‘physical harm’ (zie boven) en bevat vervolgens in dit kader een tweetal bepalingen die betrekking hebben op opzettelijk gedrag (§ 5: *Liability For Intentional Physical Harms*) en *negligent conduct* (§ 6). In aansluiting hierop is in hoofdstuk 3 (*The Negligence Doctrine And Negligence Liability*) (§ 7-19) een

17 Zie nader over *Black Letter, Comment, Illustrations* en *Reporter’s Note* A Handbook for ALI Reporters, p. 36-46 (te raadplegen via <www.ali.org>).

18 Judge Learned Hand in *United States v. Carroll Towing Co.*, United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit 159 F.2d 169 (1947).

breed scala aan onderwerpen geregeld. Deze onderwerpen zijn alle gesitueerd rondom het thema *negligence* en kunnen derhalve min of meer als een nadere uitwerking van § 3 en § 6 van de *Restatement* worden beschouwd. Voor onze bijdrage belangrijke onderwerpen zijn onder meer geregeld in § 10 en § 11, die betrekking hebben op respectievelijk kinderen en *physical, mental or emotional disability*.¹⁹ Deze bepalingen moeten in samenhang worden gelezen met § 15 (*Excused Violations*), waarin aansprakelijkheid uit *negligence* in een aantal gevallen – waaronder *childhood* en *physical disability* – wordt uitgesloten.

De hoofdstukken 4 tot en met 6 (§ 20-36) zien op grote leerstukken, zoals de *Strict Liability*, vanuit Nederlands perspectief zouden we zeggen ‘risico-aansprakelijkheid’, *Factual Cause* (causaal verband) en de omvang van de aansprakelijkheid (*Scope of Liability*). Het laatstgenoemde leerstuk wordt in het Nederlandse recht geregeld door art. 6:98 BW. In hoofdstuk 7 (§ 37-44) van de *Restatement* zijn ten slotte de zogenaamde *Affirmative Duties* geregeld. Deze bepalingen vormen in zekere zin de weerslag van de *Good Samaritan Doctrine*: ben ik mijns broeders hoeder?²⁰

3 TWEE HERVORMINGSVOORSTELLEN EN ÉÉN MODELREGELING

De persoon van de maatman waart niet alleen rond in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, maar beweegt zich ook over het Europese continent. Twee hervormingsvoorstellen en één modelregeling trekken in dit verband de aandacht: de in 1999 gepubliceerde Zwitserse ‘Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Vorentwurf eines Bundesgesetzes’ (hierna: Vorentwurf), het Oostenrijkse ‘Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts’ uit 2005 (hierna: Entwurf) en de ‘Draft Common Frame of Reference’ (hierna: DCFR). De laatstgenoemde modelregeling is van zeer recente datum en is begin 2008 gepubliceerd.

3.1 Zwitsers Vorentwurf Haftpflichtrecht

Het huidige Zwitserse onrechtmatige daadsrecht is geregeld in de artt. 41-61 van het *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)* van 30 maart 1911, in werking getreden op 1 januari 1912. De hoofdregel is geformuleerd in het eerste lid van art. 41:

‘Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.’

¹⁹ Zie hierna par. 4.3.2.

²⁰ Vgl. Genesis 4, 9: ‘En de HEERE zeide tot Kain: Waar is Habel, uw broeder? En hij zeide: Ik weet het niet; ben ik mijns broeders hoeder?’

Van een 'Maßstabfigur'²¹ wordt in 1911 nog niet gerept. Veroudering van het wettelijk stelsel, moderne ontwikkelingen zoals de opkomst van het leerstuk van de productaansprakelijkheid en een ernstig geval van milieuverontreiniging (Sandoz AG, 1986) brengen ruim zeventig jaar later (1988) het Zwitserse Ministerie van Justitie ertoe een *Studienkommission für die Vorbereitung der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts* in te stellen. In 1992 wordt door hetzelfde ministerie aan de hoogleraren Widmer en Wessner opdracht gegeven om naar aanleiding van de bevindingen van de studiec ommissie een voorontwerp inzake het *Haftpflichtrecht* (aansprakelijkheidsrecht) op te stellen.²² In 1999 wordt dit *Vorentwurf* openbaar gemaakt.²³

Art. 41 Vorentwurf vangt aan met de toerekeningsgronden: *Verschuldenshaftung* (art. 48), *Gefährdungshaftung* (art. 50) en *Haftung für Hilfspersonen* (art. 49-49a). Van *Verschuldenshaftung* is ingevolge art. 48 Vorentwurf sprake in geval van opzet (*Absicht*) en *Fahrlässigkeit* (onachtzaamheid). Krachtens art. 48a (1) Vorentwurf handelt onachtzaam: 'die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen obliegende Sorgfalt missachtet.' In het tweede lid van art. 48a volgt een nadere uitwerking. Of aan de 'vereiste zorgvuldigheid' (*erforderliche Sorgfalt*) uit het eerste lid is voldaan, hangt mede af van de leeftijd (*Alter*), opleiding (*Bildung*), deskundigheid (*Kenntnis*), alsmede de overige capaciteiten (*Fähigkeiten*) en eigenschappen (*Eigenschaften*) van de laedens.

Zonder hem expliciet te noemen, introduceert art. 48a Vorentwurf de persoon van de maatman en legt voor aansprakelijkheid voor foutief gedrag een objectieve én subjectieve maatstaf aan. Het handelen van de dader laat zich immers niet alleen beoordelen naar louter objectieve omstandigheden (*Umständen*), zoals het soort onrechtmatige gedraging (*Natur der Tätigkeit*),²⁴ maar ook door subjectieve '*persönliche Verhältnisse*'. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de geestelijke gesteldheid van de dader.²⁵ Het systeem van objectieve en subjectieve maatstaven van art. 48a Vorentwurf zal nader worden toegelicht in par. 4.3.4.²⁶

21 Term ontleend aan Attila Fenyves, 'Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten', in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 49, nr. 9.

22 Zie voor een overzicht van de grondslagen en doeleinden van deze wetsherziening het *Erläuternder Bericht*, p. 1-57.

23 Herziening van het Zwitserse aansprakelijkheidsrecht heeft tot op heden nog niet plaatsgevonden.

24 Vgl. *Erläuternder Bericht*, p. 120.

25 Vgl. *Erläuternder Bericht*, p. 120.

26 Naast de introductie van de figuur van de maatman zijn in het Vorentwurf tevens nieuwe bepalingen opgenomen met betrekking tot milieuaansprakelijkheid (art. 45d) en de verhouding tussen aansprakelijkheid en verzekering (art. 54-54i). Zie ook Pierre Widmer, 'Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene',

3.2 Oostenrijks Entwurf Schadenersatzrecht

Het Oostenrijkse onrechtmatige daadsrecht dateert van 1811 en is daarmee honderd jaar ouder dan zijn Zwitserse equivalent. Het *Schadenersatzrecht* is geregeld in hoofdstuk 30, getiteld ‘*Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung*’ (§ 1293-1341) van het tweede deel van het Oostenrijkse ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Evenals in het buurland Zwitserland is de herziening van het Oostenrijkse aansprakelijkheidsrecht ingegeven door technologische en maatschappelijke ontwikkelingen en een verouderd wettelijk stelsel.²⁷ In 2005 publiceert een *Arbeitsgruppe von Experten* onder voorzitterschap van de Oostenrijkse hoogleraar Helmut Koziol een *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*. Wie het Entwurf nauwkeuriger bestudeert, kan zich niet aan de indruk onttrekken, dat de *Principles of European Tort Law* als inspiratiebron hebben gediend.²⁸ Op zich is dat ook niet zo verwonderlijk; Koziol is naast voorzitter van de *Expertengruppe* tevens een vooraanstaand lid van de *European Group on Tort Law*.²⁹

Op vergelijkbare wijze als de PETL (art. 1:101) begint het Entwurf met een *Grundregel*. Krachtens het eerste lid van § 1292 Entwurf is het de taak van het schadevergoedingsrecht geleden schade te compenseren en tegelijkertijd een stimulans te verschaffen schade te voorkomen.³⁰ Aldus vervult het schadevergoedingsrecht een dubbelrol: compensatie (*Ausgleich*) en preventie (*Prävention*). In § 1292 (2) Entwurf wordt een viertal toerekeningsgronden genoemd die in de opvolgende afdelingen van het Entwurf nader zijn uitgewerkt: *Verschuldenshaftung* (afdeling 2), *Gefährdungshaftung* (afdeling 3 en 4), *Eingriffshaftung* (afdeling 6) en *Gehilfenhaftung* (afdeling 5).³¹

Voor ons onderwerp is de *Verschuldenshaftung* van afdeling 2 (§ 1295-1301) van belang. De hoofdregel is neergelegd in § 1295 (1):

in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 147-188.

27 Zie meer uitgebreid Gerhard Hopf, ‘Das Reformvorhaben’, in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 17-21.

28 Zie ook Helmut Koziol, ‘Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts’, in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 30, nr. 20, alsmede Hopf 2006, p. 20, nr. 6.

29 Zie voor een beknopt inhoudelijk overzicht van het Entwurf Barbara C. Steininger, ‘I. Austria. A. Legislation’, in: Helmut Koziol & Barbara C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2005*, Wien: Springer 2006, p. 118-127.

30 § 1292 (1) luidt als volgt: ‘Aufgabe des Schadenersatzrechts ist es, Schaden auszugleichen und damit zugleich einen Anreiz zu schaffen, Schäden zu vermeiden.’ Vgl. in dit verband tevens art. 10:101 PETL.

31 Vgl. hiermee art. 1:101 (2) PETL.

‘Aus Verschulden haftet, wer rechtswidrig, also objektiv sorgfaltswidrig, und schuldhaft (§ 1300) ein geschütztes Interesse verletzt oder gegen ein konkretes Verhaltensgebot (Schutzgesetz) oder die guten Sitten verstößt.’

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (*Rechtswidrigkeit*) is hier opgebouwd uit twee elementen: *objektiv sorgfaltswidrig* (objectief onzorgvuldig gedrag) en *schuldhaft* (schuld). Hiermee lijkt het Oostenrijkse Entwurf op het Nederlandse onrechtmatige daadssysteem waarin een scherp onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de onrechtmatige handeling en anderzijds de toerekenbaarheid ervan (vgl. art. 6:162 BW). Het (objectieve) element ‘sorgfaltswidrig’ is nader uitgewerkt in § 1296, terwijl het meer subjectief gekleurde begrip ‘schuldhaft’ is geregeld in § 1300 Entwurf.

§ 1296 (1) Entwurf bevat een zogenaamde ‘Sorgfaltsmaßstab’:

‘Im Allgemeinen ist die Sorgfalt aufzuwenden, die von einer vernünftigen, die Interessen anderer achtenden Person unter den gegebenen Umständen zu erwarten ist.’

Aldus wordt de onrechtmatigheid van de handeling objectief afgemeten aan de hand van een *Maßstabfigur*, een maatman. Anders dan het Zwitserse Vor-entwurf, die deze kwestie geheel open laat, noemt § 1296 (1) een aantal factoren die bij de invulling van het begrip ‘Sorgfalt’ bepalend zijn, te weten: aard (*Rang*) en waardering (*Wert*) van de betrokken belangen, het genomen risico (*Gefährlichkeit der Situation*), de verhouding tussen de betrokken partijen (*Naheverhältnis zwischen den Beteiligten*), en de eventuele mogelijkheid tot het nemen van veiligheidsmaatregelen (*Möglichkeit einer Gefahrenvermeidung*). Deze factorencatalogus komt grotendeels overeen met die van art. 4:102 PETL.

Het spel van objectieve en subjectieve wegingsfactoren vindt zijn vervolg in § 1300 (1):

‘Schuldhaft handelt, wer anders hätte handeln sollen und auf Grund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse auch dazu in der Lage gewesen wäre.’

Voor het vaststellen van ‘schuld’ wordt (subjectief) naar de persoon van de dader gekeken. Van belang zijn in dit verband *Fähigkeiten* (capaciteiten) en *Kenntnisse* (deskundigheid). In aansluiting hierop formuleert het tweede lid van § 1300 Entwurf een bewijsvermoeden: bij *mündigen* personen wordt vermoed dat zij over de gebruikelijke capaciteiten en mate van deskundigheid beschikken, terwijl bij *Unmündigen* het tegendeel wordt vermoed. Naar Oosten-

rijks recht zijn *unmündig* zij die de leeftijd van 14 jaar nog niet hebben bereikt.³²

3.3 DCFR

De begin 2008 gepubliceerde *Draft Common Frame of Reference* is een gemeenschappelijk project van de *Study Group on a European Civil Code*,³³ met als drijvende kracht de Duitse hoogleraar Christian von Bar, en de *Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*.³⁴ Beide onderzoeksgroepen kennen een brede samenstelling en bestaan uit zowel continentale als niet-continentale juristen. Het DCFR-project vloeit voort uit het in januari 2003 door de Europese Commissie gelanceerde 'Actieplan inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht'.³⁵ In dit Actieplan wordt in het bijzonder gerefereerd aan een te ontwikkelen 'gemeenschappelijk referentiekader' (*A common frame of reference*), waarin gemeenschappelijke beginselen en termen op het gebied van het Europees verbintenissenrecht zijn vastgelegd.³⁶ Zoals de opstellers benadrukken, is de thans voorliggende DCFR geen politiek geautoriseerde tekst, maar een academische verhandeling.³⁷ Over het uiteindelijke doel van de DCFR zijn de opstellers betrekkelijk vaag. Mogelijk kan het dienen als 'legislators' guide' of 'toolbox' dan wel als 'optional instrument' dat van toepassing kan worden verklaard op (internationale) contracten.³⁸

De DCFR bestaat uit 'principles', 'definitions' en 'model rules' en bouwt gedeeltelijk voort op de *Principles of European Contract Law* van de Lando-groep. De nu gepubliceerde tekst beslaat zeven van de tien boeken waaruit de DCFR in zijn uiteindelijke vorm zal zijn opgebouwd. Eind 2008 zal de volledige tekst van de DCFR inclusief toelichting beschikbaar zijn. Boek I DCFR (*General provisions*) bevat enkele algemene bepalingen. Hier wordt onder meer aangegeven wat de reikwijdte van de DCFR is. Boek II, getiteld 'Contracts and other juridical acts', is specifiek toegespitst op het overeenkomstenrecht. In Boek III DCFR (*Obligations and corresponding rights*) is het verbintenissenrecht geregeld. Boek IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) richt zich vervolgens op de bijzondere overeenkomsten, zoals koop, huur en het verrich-

32 Het in het Oostenrijkse recht gemaakte onderscheid tussen 'mündig' en 'unmündig' valt niet samen met het Nederlandse onderscheid tussen minderjarigen en meerderjarigen. Zie § 21 ABGB: 'Minderjährige sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben; haben sie das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, so sind sie unmündig.'

33 Zie nader <www.sgecc.net>.

34 Zie <www.acquis-group.org>.

35 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht: een actieplan, *PbEU* 2003, C 63/1.

36 Zie het Actieplan, par. 4.1.1, nr. 59 e.v., *PbEU* 2003, C 63/11-12.

37 DCFR 2008, p. 5, nr. 4.

38 DCFR 2008, p. 37, nr. 76.

ten van diensten. In de Boeken V-VII zijn de niet-contractuele bronnen van verbintenis geregeld: zaakwaarneming (Boek V), onrechtmatige daad (Boek VI) en ongerechtvaardigde verrijking (Boek VII). De nog te verschijnen Boeken VIII-X zullen een aantal goederenrechtelijke onderwerpen behandelen, zoals eigendom (Boek VIII), zekerheidsrechten (Boek IX) en trusts (Boek X).

Boek VI DCFR (*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*) vangt in art. 1:101 (1) aan met een *basic rule*:

'A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage.'

Daarna volgt de DCFR het met de de PETL vergelijkbare patroon van *Causation* (hoofdstuk 4), *Defences* (hoofdstuk 5), *Remedies* (hoofdstuk 6) en *Accountability* (hoofdstuk 3). De eerste afdeling van hoofdstuk 3 is gewijd aan *intention* en *negligence*. Voor onze bijdrage is art. VI-3:102 van belang waar de *negligence* is geregeld. Krachtens art. VI-3:102 (b) wordt onzorgvuldig gehandeld, indien de handelende persoon 'does not otherwise amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.' Ook hier een maatman (*reasonably careful person*). Maar anders dan de PETL (art. 4:102), de Third Restatement Torts (§ 3) en het Oostenrijkse Entwurf (§ 1296) bevat de DCFR geen (objectieve) factorencatalogus die de *reasonably careful person* profiel geeft.³⁹ Art. VI-3:102 (b) DCFR spreekt slechts over 'the circumstances of the case'. Hiermee komt deze bepaling nog het meest in de buurt van art. 48a van het Zwitserse Vorentwurf. Op art. VI-3:102 DCFR zal nader worden ingegaan in par. 4.3.3.

Aan de aansprakelijkheid van personen onder de achttien jaar is in hoofdstuk 3 van boek VI DCFR een afzonderlijke bepaling gewijd. Krachtens art. VI-3:103 (2) kan een kind jonger dan zeven jaar niet aansprakelijk worden gesteld voor schade veroorzaakt door opzettelijk (*intentional*) of nalatig (*negligent*) gedrag. Voor de leeftijdscategorie zeven- tot en met zeventienjarigen is aansprakelijkheid uit *negligence* slechts aan de orde 'in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case.' Hier wordt de maatman (subjectief) toegesneden op personen van dezelfde leeftijd.⁴⁰

39 Zie voor een nadere rechtsvergelijkende beschouwing op dit punt tussen de DCFR en de PETL Isabelle Veillard, 'La faute dans les projets de l'ECTIL et du *Study Group*', *GPR* 2007, p. 262-270.

40 Zie hierna meer uitgebreid par. 4.3.3.

4 DE AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN FOUT IN DE ONDERZOCHE TEKSTEN

Op welke wijze heeft de aansprakelijkheid op grond van fout⁴¹ vorm gekregen in de PETL, de Third Restatement Torts, de Zwitserse en Oostenrijkse hervormingsvoorstellen en de DCFR? Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal op een viertal deelkwesties worden ingegaan. In de eerste plaats wordt een definitie gegeven van de term 'fout'. Vervolgens gaan we in op de vraag of voor aansprakelijkheid voor foutief gedrag een louter objectieve standaard moet worden toegepast, dan wel of er ook plaats is voor subjectieve elementen. Om het met de woorden van Koziol te zeggen: 'Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?'⁴² In een derde, centraal deel, onderzoeken we in detail de aansprakelijkheid voor foutief gedrag in de onderzochte teksten. Afgesloten wordt met een bespreking van de elementen die in de onderzochte teksten worden aangereikt teneinde vast te kunnen stellen of er *in objectieve zin* sprake is van foutief gedrag. Alleen een antwoord op deze vier deelvragen biedt ons een scherp beeld van de maatman in de door ons geanalyseerde regels van *soft law*.

4.1 Definiëring van het begrip 'fout'

Fout bevat twee aspecten, namelijk een *daadgericht* element en een *dadergericht* element. Om te bepalen of iemands gedrag als een fout kan worden aangemerkt, moet niet alleen worden onderzocht of een gedraging in strijd is met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, al dan niet geconcretiseerd naar gelang de rol die iemand in de samenleving vervult, maar moet ook worden nagegaan of het niet beantwoorden aan die norm te wijten is aan de schuld, in de zin van individuele verwijtbaarheid, van de dader. Bij dit laatste kan rekening worden gehouden met persoonlijke kenmerken van de actor. Beide elementen moeten goed van elkaar worden onderscheiden. Zo maakt het Nederlandse recht in art. 6:162 BW een onderscheid tussen de onrechtmatigheid van de daad enerzijds en de toerekening van deze daad aan de dader anderzijds. Ook het Belgische recht vereist voor aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag niet alleen onrechtmatigheid, maar ook toerekenbaarheid van de daad aan degene die de schadeveroorzakende daad heeft verricht.⁴³ Dit is eveneens het geval in het Anglo-amerikaanse recht: voor de *tort of negligence*, en meer

41 'Fault' (PETL), 'Verschuldenshaftung' (Zwitsers Vorentwurf, Oostenrijks Entwurf), 'Accountability with negligence' (DCFR).

42 Helmut Koziol 1998.

43 Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich tot op heden steeds in die zin uitgesproken. Zie o.a. Cass. 13 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, p. 528; Cass. 16 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 750 en *Pas.* 1984, I, 684.

bepaald voor het vaststellen of er sprake is van een *breach of duty*, moet in bepaalde gevallen, naast het onderzoek of iemand zich heeft gedragen overeenkomstig de objectieve standaard van de *reasonable man*, rekening worden gehouden met de capaciteiten (*capacity*) van de actor.⁴⁴ Deze leer, waarin een daad- en een dadergebonden element van elkaar worden onderscheiden, staat in schril contrast met de zogenaamde *schuldloze foutleer* (of: leer van de objectieve fout) die in Frankrijk wordt gehuldigd.⁴⁵ Volgens deze leer is het niet vereist dat de onrechtmatige daad, om tot aansprakelijkheid te kunnen leiden op grond van schuld, toerekenbaar is aan de dader. Het gedrag van de actor wordt *uitsluitend* getoetst aan een objectieve maatstaf van zorgvuldigheid en voorzichtigheid die in de samenleving geldt. Het foutbegrip is een sociaal begrip (*norme sociale*).

4.2 Objectieve en/of subjectieve toetsing?

Over de vraag of voor aansprakelijkheid voor eigen gedrag een louter objectieve, dan wel een deels objectieve, deels subjectieve maatstaf moet worden gehanteerd, bestaat geen eensgezindheid. Sommige auteurs menen 'dat schuld mag worden aangenomen als een met de dader vergelijkbaar persoon bij de nodige oplettendheid en voorzichtigheid het schadegebeuren redelijkerwijs had kunnen voorzien en voorkomen. Schuld veronderstelt dus kenbaarheid en vermijdbaarheid van een bepaald risico (...). Waar het uiteindelijk om gaat, is dat geen rekening mag worden gehouden met de persoonlijke eigenschappen, vaardigheden en capaciteiten, fysieke en psychische gesteldheid van de dader, maar dat vergeleken wordt met een ideaaltype.'⁴⁶ Om die reden menen deze schrijvers dat het onderscheiden van het onrechtmatigheidsvereiste en het schuldvereiste niet wenselijk is. Beide vereisten moeten volgens hen worden versmolten tot één element waarbij rekening wordt gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval.

Dit standpunt wordt onder meer ingenomen door Van Dam in zijn dissertatie. Volgens deze auteur is het moeilijk een onderscheid te maken tussen factoren betreffende de daad en de dader. Daarom moet de voorkeur worden gegeven aan een maatstaf waarin alle omstandigheden van het geval, met betrekking tot zowel daad als dader, worden samengevoegd. Deze maatstaf

44 Vgl. voor Engeland bijv. *Carmarthenshire County Council v. Lewis* (1955) A.C. 549, 563 en voor de Verenigde Staten *Dunn v. Teti* (1980) 421 A. 2d 782, 785 (Superior Court of Pennsylvania).

45 Zie over de schuldloze foutleer in Frankrijk: Pieter De Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 87 e.v.

46 A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Monografieën Privaatrecht 4, Deventer: Kluwer 2005, p. 50.

is een op het concrete geval toegesneden zorgvuldigheidsnorm.⁴⁷ Dit betekent nochtans niet dat Van Dam beide begrippen, schuld en onrechtmatigheid, helemaal in elkaar laat opgaan. Van Dam maakt geen strikt onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld, maar kiest voor een subjectivering van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Onrechtmatigheid slaat volgens hem op de miskennis van een juridische plicht (een wettelijke plicht of een subjectief recht) of de maatschappelijke betamelijkheid *in abstracto*, terwijl schuld betrekking heeft op de noodzakelijke concretisering van die *in abstracto*-beoordeling naar de objectieve kennis en kunde van veroorzakers van, om het met Van Dam te zeggen, ‘diverse pluimage’, zowel naar boven (wegens de grotere beroepsbekwaamheid van de actor) als naar beneden (wegens de jeugdige leeftijd van de actor).⁴⁸

Wij zouden een andere zienswijze willen verdedigen. Met onrechtmatigheid wordt de daad gekwalificeerd, terwijl ‘schuld’ een verband legt tussen de daad en de dader. Daarom moet de opvatting dat het schuldvereiste opgaat in het onrechtmatigheidsvereiste, worden verworpen.⁴⁹ Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een fout, moet *in de eerste plaats* worden onderzocht of de daad al dan niet indruist tegen hetgeen maatschappelijk betamelijk is. Deze toetsing dient objectief te geschieden. De werking van de normen die in de maatschappij worden gesteld, mag niet worden beperkt door factoren die de toerekenbaarheid aan de dader betreffen. Wel mogen, bij deze objectieve uitleg van de maatschappelijke zorgvuldigheid, als onderdeel van de onrechtmatigheidsvraag, aan bepaalde groepen burgers op grond van hun objectief vaststelbare positie die zij in de samenleving bekleden, strengere eisen worden gesteld.⁵⁰ *In de tweede plaats* moet worden nagegaan of er sprake is van toerekenbaarheid van de daad aan de dader. Deze toetsing dient subjectief te gebeuren: bij de vaststelling van schuld wordt rekening gehouden met de persoonlijke kenmerken van de dader, waardoor een op een specifiek geval toegesneden oordeel over aansprakelijkheid wordt gevormd.⁵¹ Een *gesubjectieveerd onrechtmatigheidsoordeel* is uit den boze, omdat een gesubjectieerd onrechtmatigheidsvereiste niet het karakter heeft van een norm die duidelijk maakt welk gedrag er *in het maatschappelijk verkeer* ongeoorloofd is. Bovendien zou subjectivering van de onrechtmatige daad van de aangesprokene betekenen dat op die grond onrechtmatigheid kan ontbreken, waardoor ten aanzien van bepaalde actoren, zoals minderjarigen, de vestiging van een *kwalitatieve aansprakelijkheid* wordt verhinderd, zoals bijvoorbeeld die van de ouders voor hun minderjarige kinderen op grond van art. 6:169 BW. Kwalitatieve aansprake-

47 C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, nr. 66, 71, 75, 140 en 141. Zie over deze opvatting C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 88-89.

48 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 168, nr. 704.

49 In gelijke zin Asser-Hartkamp 4-III (2006), p. 95, nr. 74.

50 Sieburgh 2000, p. 93.

51 Sieburgh 2000, p. 163.

lijkheid van de ouders vereist immers de aanwezigheid van een (objectief) onrechtmatige daad aan de zijde van de minderjarige.⁵²

4.3 Situering van fout in de onderzochte teksten

4.3.1 PETL

Een eerste aanknopng in de PETL voor de aansprakelijkheid voor foutief gedrag vormen de artikelen 1:101, 4:101 en 4:102 (1). Art. 1:101 stelt dat schade (onder meer) kan worden toegerekend wanneer die is veroorzaakt door het foutief gedrag van de dader:

‘Damage may be attributed in particular to the person whose conduct constituting fault has caused it.’

Wat foutief gedrag precies inhoudt, wordt vervolgens uitgewerkt in art 4:101:

‘A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.’

Er is dus sprake van persoonlijke aansprakelijkheid voor eigen gedrag wanneer iemand met opzet of onachtzaamheid in strijd met de toepasselijke gedragsnorm heeft gehandeld. De inhoud van deze (maatschappelijke) norm voor zowel opzet als onachtzaamheid ligt vervat in art 4:102 (1):

‘The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances (...).’

In de toelichting wordt aangegeven dat de PETL aansluiting zoeken bij de heersende opvatting in Europa dat op het punt van deze (maatschappelijke) gedragsnorm een geobjectiveerde standaard moet worden aangenomen, die zoveel mogelijk is losgekoppeld van verwijtbaarheid (*blameworthiness*). Slechts bij wege van uitzondering kan daarvan worden afgeweken.⁵³

Deze uitzondering vormt de tweede aanknopng voor aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag in de PETL, namelijk art. 4:102 (2). Dit artikel bepaalt dat de (maatschappelijke) maatstaf, vervat in lid 1 van art. 4:102, kan worden aangepast (*adjusted*) wanneer de aangesprokene zich op grond van ‘age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances’ niet aan de maatschappelijk vooropgestelde norm kan conformeren. Wat de leeftijd betreft,

52 Vgl. HR 12 november 2004, NJ 2005, 138 m.nt. CJHB. Zie nader Sieburgh 2000, p. 95.

53 Pierre Widmer, ‘Title III. Bases of Liability. Chapter 4. Liability Based on Fault’, in: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 64-65, nr. 1-3.

wordt in de PETL niet gekozen voor een vaste leeftijdsgrens zoals in het Nederlandse recht, waar art. 6:164 BW bepaalt dat ‘een gedraging van een kind dat de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt, aan hem niet als een onrechtmatige daad kan worden toegerekend.’ De PETL kiest op dit punt voor een naar eigen zeggen ‘flexible system’ waarbij de vraag of de dader voldoende inzicht heeft in en controle heeft over zijn gedrag, van geval tot geval moet worden beoordeeld overeenkomstig de mentale ontwikkeling van de aangesprokene. In het commentaar op art. 4:102 wordt daarbij verwezen naar situaties, zoals het omgaan met gevaarlijk speelgoed, waarbij zelfs jonge kinderen zich in beginsel bewust moeten zijn van het risico van hun gedrag en in staat zijn zich dienovereenkomstig te gedragen. Bovendien biedt het niet hanteren van een vaste leeftijdsgrens, aldus het commentaar, het voordeel dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ook kan worden aangepast aan de *jeugdige* leeftijd van de dader, maar ook aan diens *verder gevorderde* leeftijd.⁵⁴

Een derde aanknopingspunt vormt art. 4:102 (3), waar wordt gesproken over regels die gedrag voorschrijven of verbieden. Zij moeten worden ‘meegenomen’ bij het bepalen van de gedragsnorm. Het gaat daarbij niet enkel over regels in de formele zin van het woord, maar ook over regels uitgevaardigd door semi-publieke of private organisaties, bijvoorbeeld in de vorm van interne richtlijnen.⁵⁵

De PETL hanteren, wat de aansprakelijkheid voor foutief gedrag betreft, geen duidelijk onderscheid tussen de maatschappelijke onzorgvuldigheid van de gedraging enerzijds en de verwijtbaarheid van die gedraging aan de dader anderzijds. Er wordt volstaan met de formulering dat de maatschappelijke norm kan worden ‘aangepast’. Wordt hiermee bedoeld dat er sprake moet zijn van verwijtbaarheid van het gedrag van de concrete dader op grond van zijn persoonlijke kenmerken, namelijk ‘age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances’? Of is er sprake van een *subjectivering* van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm *naar beneden* (waar we, op grond van hetgeen we schreven, geen voorstander van zijn)?

Dat de PETL, los van de opmerking die we hiervoor hebben gemaakt, oog hebben voor de bijzondere positie van minderjarigen en personen met een handicap, valt toe te juichen. Door rekening te houden met persoonlijke kenmerken van de dader, meer bepaald zijn leeftijd of zijn handicaps, verdisconteren de PETL één van de doelstellingen waaraan een optimale aansprakelijkheidsregeling moet beantwoorden, namelijk de preventieve rol ervan. Immers, hoe kan een persoon die geen onderscheidingsvermogen bezit, of een persoon die wel onderscheidingsvermogen bezit, maar niet in staat is zijn gedrag aan dat vermogen te conformeren, ertoe worden aangezet om na te denken alvorens zich in een situatie te plaatsen waarin alle aansprakelijkheidsvoorwaar-

54 Widmer 2005, p. 80, nr. 15.

55 Widmer 2005, p. 81-82, nr. 19-21.

den zijn verenigd? De aansprakelijkheid heeft ten aanzien van zulke personen namelijk geen invloed op prikkels tot het dragen van zorg.⁵⁶

4.3.2 *Third Restatement Torts*

In de *Third Restatement Torts* vormt § 3. Negligence een eerste aanknopingspunt voor de aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag:

‘A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances (...).’

Deze objectieve standaard wordt in de *Comment* als volgt toegelicht:⁵⁷

‘Conduct that displays reasonable care is the same as conduct that is reasonable, conduct that shows ‘ordinary care’, conduct that avoids creating an ‘unreasonable risk of harm’, and conduct that shows ‘reasonable prudence’. Because a ‘reasonably careful person’ (or a ‘reasonably prudent person’) is one who acts with reasonable care, the ‘reasonable care’ standard for negligence is basically the same as a standard expressed in terms of the ‘reasonably careful person’ (or the ‘reasonably prudent person’).’

Voor kinderen en personen met een handicap (*disability*) bevat de *Third Restatement Torts* een aangepaste (objectieve) maatstaf. Wat de kinderen betreft, dat wil zeggen minderjarigen,⁵⁸ bepaalt § 10. Children (a) dat een kind onzorgvuldig handelt ‘if it does not conform to that of a reasonably careful person of the same age, intelligence, and experience.’ Er vindt dus een subjectivering van de algemene (maatschappelijke) zorgvuldigheidsnorm naar beneden plaats. Dit druist in tegen onze in par. 4.2 verwoorde stellingname dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, wie ook de persoon van de actor is, zuiver objectief moet worden beoordeeld en dat subjectieve elementen, zoals de leeftijd van de dader of de aanwezigheid van een of andere vorm van *disability*, alleen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de objectief onzorgvuldige gedraging aan de dader subjectief, dat wil zeggen op grond van zijn persoonlijke kenmerken kan worden verweten.

Op de objectieve maatstaf voor minderjarigen formuleert de *Third Restatement Torts* twee uitzonderingen. Ten eerste kunnen kinderen jonger dan vijf jaar niet op grond van *negligence* aansprakelijk worden gesteld: ‘A child less

56 Zie nader De Tavernier 2006, p. 116, nr. 157.

57 *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts)*, § 3. Negligence, Proposed Final Draft No. 1, Comment a (Terminology).

58 Uit de *Comment* blijkt dat met kinderen wordt bedoeld personen die de leeftijd van de meerderjarigheid – in de meeste staten 18 jaar – nog niet hebben bereikt. Zie *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts)*, § 10. Children, Proposed Final Draft No. 1, Comment a (Coverage).

than five years of age is incapable of negligence' (§ 10. Children (b)). Ten tweede wordt een uitzondering gemaakt voor kinderen die zich bezighouden met een gevaarlijke activiteit 'that is characteristically undertaken by adults' (§ 10. Children (c)). In dat geval toetst de rechter het gedrag van het kind aan dat van een volwassen vergelijkingstype. De *black letter*-tekst over kinderen illustreert op correcte wijze de stand van het geldende Amerikaanse recht, namelijk dat de jeugdige leeftijd van de dader een relevante factor is bij de beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van *negligence*.⁵⁹ Toch mag de *black letter*-tekst ons niet uit het oog doen verliezen dat de wijze waarop de rechter rekening houdt met de jeugdige leeftijd van de aangesprokene, in de Amerikaanse rechtscolleges verschilt van staat tot staat. Een grote meerderheid van staten hanteert weliswaar de flexibele norm zoals in § 10. Children (a) staat geformuleerd. Deze norm staat bekend als de zogenaamde *Massachusetts rule*. Maar er zijn ook staten die een andere methode hanteren. Zo wordt in Oklahoma de volgende *Uniform Jury Instruction* gehanteerd:⁶⁰

'A child less than 7 years old is conclusively presumed incapable of negligence as a matter of law. A child between 7 and 14 years old is presumed not to be capable of being negligent, but may be shown to be capable of negligence. A child 14 years old or older is presumed to be capable of being negligent, but may be shown not to be capable of negligence.'

Ten aanzien van personen met een *fysieke* handicap hanteert de Third Restatement Torts eenzelfde benadering als in § 10. Children (a). In §11. Disability (a) wordt bepaald dat het gedrag van een dader met een dergelijke handicap slechts als *negligent* kan worden bestempeld 'if it does not conform to that of a reasonably careful person with the same disability'. Opnieuw wordt dus een subjectivering *naar beneden* toegepast. Een *geestelijke* of *emotionele* (*mental or emotional*) handicap moet echter bij de beoordeling van *negligence* buiten beschouwing blijven: § 11. Disability (c), tenzij de dader een kind is. Ook op deze regeling kan kritiek worden geuit, en wel vanuit de rechtseconomische overweging dat aansprakelijkheid van geestesgestoorden inefficiënt is. Een persoon wordt namelijk verplicht schade te vergoeden ofschoon dit geen enkele invloed kan hebben op zijn prikkels om zorg te dragen. De verschuiving van de schadelast naar de geestesgestoorde dader zal alleen administratieve kosten veroorzaken en bijgevolg niet bijdragen tot een verhoging van de maatschappelijke welvaart.⁶¹ § 11. Disability (b), ten slotte, betreft aansprakelijkheid voor schade die zich voordoet in geval van 'sudden incapacitation or loss of consciousness resulting from physical illness' van de actor. In de *Comment* wordt

59 Vgl. Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 10. Children, Proposed Final Draft No. 1, Comment b (Rationale).

60 Te raadplegen via <www.oscn.net>.

61 Michael Faure en Roger van den Bergh, 'Efficiënties van het aansprakelijkheidsrecht', *Rechtskundig Weekblad* 1987-88, p. 1116.

met betrekking tot deze categorie verwezen naar gevallen zoals epilepsie of een hartaanval. In dat geval is er alleen sprake van *negligence* indien de 'sudden incapacitation or loss of consciousness' voor de dader redelijkerwijze voorzienbaar was.⁶²

4.3.3 DCFR

De DCFR, anders dan de PETL, hanteert niet de term *fault*, maar vertrekt in de basisnorm (art. VI-1:101) onmiddellijk van aansprakelijkheid op grond van *negligence* en *intention* enerzijds en aansprakelijkheid op andere gronden dan *negligence* of *intention* anderzijds:

'(1) A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage.'

Deze beide typen van aansprakelijkheid worden vervolgens in afzonderlijke secties uitgewerkt, waarbij in Section 1 aan *negligence* en *intention* een aparte bepaling wordt gewijd. De bepaling over *negligence* (art. VI-3:102) luidt als volgt:

'A person causes legally relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which either: (a) does not meet the particular standard of care provided by a statutory provision whose purpose is the protection of the injured person from the damage suffered; or (b) does not otherwise amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.'

Volgens de DCFR is er dus sprake van onachtzaam gedrag wanneer dat gedrag niet in overeenstemming is met (a) hetzij een wettelijk vastgestelde gedragsnorm die strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden, (b) hetzij de mate van zorg die van een redelijk en voorzichtig persoon mag worden gevergd.

Na de formulering van de objectieve maatstaf in art. VI-3:102 formuleert art. VI-3:103 de maatstaf die geldt voor personen jonger dan achttien jaar. Art. VI-3:103 sub 1 bevat een regel die dezelfde is als in § 10. Children (a) van de Third Restatement Torts, met dien verstande dat in de DCFR geen sprake is van 'children', maar wel van 'persons under eighteen'. Deze regel, die neerkomt op een subjectivering van de algemene zorgvuldigheidsnorm *naar beneden*, luidt als volgt:

62 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 11. Disability, Proposed Final Draft No. 1, Comment d (Sudden incapacitation).

‘A person under eighteen years of age is accountable for causing legally relevant damage according to VI-3:102 (Negligence) sub-paragraph (b) only in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case.’

Waarom hebben de opstellers van de DCFR niet gekozen voor een regeling waarbij personen jonger dan achttien jaar niet voor *negligence* aansprakelijk kunnen worden gesteld omdat hun gedraging, gelet op hun leeftijd, niet op grond van schuld (individuele verwijtbaarheid) kan worden toegerekend? Op grond van art. VI-3:103 (2) worden kinderen jonger dan zeven jaar van aansprakelijkheid uitgesloten.⁶³ De DCFR kiest dus, net als de Third Restatement Torts, voor een vrijstelling van aansprakelijkheid van kinderen die een bepaalde leeftijdsgrens hebben bereikt, met dien verstande dat de grens in de Third Restatement Torts op vijf jaar is gesteld. Art. VI-3:103 (3), ten slotte, bevat een belangrijke uitzondering op de aangepaste zorgvuldigheidsnorm voor kinderen jonger dan achttien jaar en de vrijstelling van aansprakelijkheid van kinderen jonger dan zeven jaar. De artikelen VI-3:102 (1) juncto (2) zijn namelijk niet van toepassing, indien schadeloosstelling van het slachtoffer, rekening houdende met de vermogenstoestand van de partijen en alle andere omstandigheden van het schadegeval, billijk zou zijn (*would be equitable*). Deze billijkheidscorrectie is wel subsidiair aan de eventuele vordering die het slachtoffer tegen een medeaansprakelijke van de minderjarige zou hebben (*to the extent that the injured person cannot obtain reparation under this Book from another*).⁶⁴ Met dit laatste wordt verwezen naar art. VI-3:104, dat de aansprakelijkheid regelt van ouders en toezichthouders.

De DCFR bevat ook een maatstaf voor personen die op het ogenblik van het ontstaan van de schade lijden aan een geestelijke stoornis (*mental incompetence*).⁶⁵ Art. VI-5:301 (1) bepaalt:

‘A person who is mentally incompetent at the time of conduct causing legally relevant damage is liable only if this is equitable, having regard to the mentally incompetent person’s financial means and all the other circumstances of the case. Liability is limited to reasonable recompense.’

Dit artikel illustreert de aandacht van de opstellers van de DCFR voor een evenwicht tussen de vergoedende en de preventieve doelstellingen van de

63 Art. VI-3:103 (2) DCFR luidt als volgt: ‘A person under seven years of age is not accountable for causing damage intentionally or negligently.’

64 Vgl. met het Duitse recht: Staudinger/Oechsler (1998), § 829 BGB, randnr. 39-41.

65 In art. VI-5:301 (2) DCFR wordt het begrip geestelijke stoornis als volgt gedefiniëerd: ‘A person is to be regarded as mentally incompetent if that person lacks sufficient insight into the nature of his or her conduct, unless the lack of sufficient insight is the temporary result of his or her own misconduct.’

gekozen aansprakelijkheidsregeling. Bovendien getuigt de regeling van pragmatisme. Om het met de woorden van Veillard te zeggen:⁶⁶

‘l’exigence d’imputabilité n’est respectée que pour autant qu’elle ne nuise pas excessivement (...) à l’indemnisation de la victime.’

4.3.4 Zwitsers Vorentwurf

In het Zwitserse voorontwerp ligt de foutaansprakelijkheid besloten in art. 48a:

‘(1) Fahrlässig handelt die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen obliegende Sorgfalt missachtet.
(2) Die erforderliche Sorgfalt beurteilt sich nach dem Alter, der Bildung, den Kenntnissen sowie nach den übrigen Fähigkeiten und Eigenschaften der Person, die den Schaden verursacht hat.’

De beoordeling of iemand al dan niet foutief heeft gehandeld, geschiedt in drie stappen. Eerst moet de rechter de objectieve omstandigheden (*Umständen*) onderzoeken waarin het schadegeval zich heeft voorgedaan, zoals bijvoorbeeld de aard van de activiteit of de plaats van het ongeval. Vervolgens dient hij persoonsgebonden elementen in ogenschouw te nemen. Daarbij moet hij *eerst* beoordelen of de actor zich heeft gedragen volgens de sociale of professionele rol die hij in de samenleving vervult. Dit is een objectieve beoordeling. Daarna, indien nodig, komt de subjectieve toetsing aan de orde, namelijk of de actor de mogelijkheid had om zich te conformeren aan de vooraf vermelde maatschappelijke norm.⁶⁷ Op grond van deze laatste toetsing is het mogelijk om bijvoorbeeld jonge kinderen of personen met een fysieke of geestelijke beperking, die in het Vorentwurf niet expliciet worden genoemd, van aansprakelijkheid uit te sluiten.

De opvatting van de opstellers van het voorontwerp sluit goed aan bij het standpunt dat we in par. 4.2 hebben verdedigd, namelijk dat voor de beoordeling van aansprakelijkheid voor eigen gedrag in eerste instantie een objectieve toetsing moet plaatsvinden⁶⁸ en in tweede instantie moet worden onderzocht of de gedraging aan de dader kan worden verweten. Deze tweede toets is voor de opstellers van het ontwerp essentieel. Een doorgedreven objectivering (*starke Objektivierung*) van het begrip *Fahrlässigkeit* wordt terecht afgekeurd.⁶⁹

⁶⁶ Veillard 2006, p. 267.

⁶⁷ *Erläuternder Bericht*, p. 119-121.

⁶⁸ *Erläuternder Bericht*, p. 120: ‘Zunächst ist eine objektive Wertung vorzunehmen, um zu entscheiden, ob der Schädiger das Verhaltensmuster seiner (sozialen, beruflichen usw.) Kategorie eingehalten hat.’

⁶⁹ *Erläuternder Bericht*, p. 119-120.

‘Eine solche Auffassung denaturiert die Verschuldenshaftung (...). Die Objektivierung der Fahrlässigkeit beseitigt den Gedanken des Vorwurfs, der indessen ihr Wesen ausmacht. Wenn der Schädiger keine subjektiven Entschuldigungen mehr vorbringen kann, gilt für ihn gewissermassen eine “Verschuldenshaftung ohne Verschulden”.’

Daarom hebben de opstellers niet gekozen voor een artikel waarin de maatman als *centraal* referentiepunt wordt genoemd, maar wel een bepaling (art. 48a Vorentwurf), waarin fout wordt gedefinieerd als de miskenning van de zorgvuldigheid die de omstandigheden én de individuele situatie van de actor met zich meebrengt (‘Missachtung der Sorgfalt, die nach den Umständen und nach den persönlichen Verhältnissen des Schädigers geboten ist’). Met andere woorden zowel de miskenning van de maatschappelijke zorgvuldigheid als de verwijtbaarheid daarvan aan de dader.⁷⁰

4.3.5 Oostenrijks Entwurf

Op dezelfde gronden kan ook het Oostenrijkse Entwurf op onze goedkeuring rekenen. Wat aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag betreft, vertrekt deze ontwerptekst van een duidelijk onderscheid tussen *Rechtswidrigkeit* en *Verschulden*. § 1295 (1):

‘Aus Verschulden haftet, wer rechtswidrig, also objektiv sorgfaltswidrig, und schuldhaft (§ 1300) ein geschütztes Interesse verletzt oder gegen ein konkretes Verhaltensgebot (Schutzgesetz) oder die guten Sitten verstößt.’

Voor aansprakelijkheid voor eigen gedrag moet *in de eerste plaats* sprake zijn van onrechtmatigheid:⁷¹

‘Rechtswidrig handelt gemäß 1295 Abs. 1 Entw. wer sich ‘objektiv sorgfaltswidrig’ verhält.’

De maatstaf die daarbij moet worden gehanteerd, met inbegrip van de beoordelingsfactoren die bij de toetsing aan die maatstaf kunnen worden aangewend, liggen vervat in de daarop volgende § 1296. De aanhef van dat artikel luidt:

‘Im allgemeinen ist die Sorgfalt aufzuwenden, die von einer vernünftigen, die Interessen anderer achtenden Person unter den gegebenen Umständen zu erwarten ist.’

⁷⁰ *Erläuternder Bericht*, p. 120.

⁷¹ Zie Fenyves 2006, p. 48, nr. 5; Steininger 2006, p. 120, nr. 7.

In de tweede plaats moet de aangesprokene de schade *schuldhaft* hebben veroorzaakt. Dit tweede vereiste, dat subjectief wordt ingekleurd, wordt uitgewerkt in § 1300 (1):

‘Schuldhaft handelt, wer anders hätte handeln sollen und auf Grund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse auch dazu in der Lage gewesen wäre (...).’⁷²

Met betrekking tot dit subjectieve vereiste bevat § 1300 (2) een dubbel vermoeden: van kinderen vanaf veertien jaar wordt vermoed dat zij die bekwaamheid en kennis bezitten. Van kinderen jonger dan veertien jaar wordt het tegendeel vermoed. Op deze subjectieve toets wordt, anders dan in het Zwitserse Vorentwurf, in § 1301 wel een belangrijke uitzondering gemaakt. Wanneer personen jonger dan veertien jaar of ontoerekeningsvatbare personen (‘Personen die den Gebrauch der Vernunft nicht haben’) zich objectief onzorgvuldig hebben gedragen, kunnen zij op grond van bepaalde omstandigheden, zoals het voordeel dat de dader put uit de door hem veroorzaakte schade of de vermogenstoestand van de betrokken partijen, toch geheel of gedeeltelijk aansprakelijk worden gesteld. Hetzelfde geldt voor personen die wel toerekeningsvatbaar zijn, maar niet *schuldhaft* hebben gehandeld, omdat zij in het concrete geval niet over de daartoe vereiste bekwaamheid en kennis beschikten.⁷³ Men zou zich, met Widmer, de vraag kunnen stellen of deze laatste bepaling niet voert tot een uitholling (*Ausblutung*) van het begrip schuld. Ligt een bepaling zoals § 1301 niet dicht in de buurt van bestaande regelingen waarbij de omstandigheid dat een gedraging is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, geen beletsel vormt om haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen?⁷⁴

72 Het zal de lezer niet verwonderen dat Widmer, een van de opstellers van het Zwitserse Vorentwurf, met deze aanpak instemt: ‘Wenn ich den § 1295 Abs. 1 bis zum zweiten Komma und in Verbindung mit § 1296 Abs. 1 lese, kann ich nur frohlocken: der österreichische Entwurf hält – wie der schweizerische (...) offensichtlich an einem subjectiven Verschuldensbegriff fest – dem semantisch einzig möglichen’. Zie Pierre Widmer, ‘Der österreichische Entwurf aus der Sicht des Auslandes’, in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 132, nr. 14.

73 § 1301 Entwurf: ‘Handeln Unmündige oder Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, objektiv sorgfaltswidrig, so richten sich Grund und Umfang der Haftung nach einem ausnahmsweise doch vorhandenen Verschulden, einem ihnen durch die Schädigung erwachsenen Vorteil, einer aus Rücksicht auf sie unterlassenen Abwehr sowie ihren Vermögensverhältnissen und jenen des Geschädigten. Gleiches gilt, wenn sonst jemand nicht schuldhaft handelt, weil ihm die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse im Einzelfall fehlen’.

74 Widmer 2006, p. 133, nr. 17.

4.4 De objectieve elementen van (on)zorgvuldig gedrag

De meeste teksten en commentaren vermelden niet alleen de maatman of *reasonable man* als referentie voor (on)zorgvuldig gedrag, maar geven ook aan welke criteria de rechter toe moet passen bij de beantwoording van de vraag of de aangesprokene zich al dan niet als een *reasonable person* heeft gedragen. Zo geven de PETL in art. 4:102 niet alleen aan dat het gedrag van de aangesprokene moet worden vergeleken met dat van de *'reasonable person in the circumstances'*, maar worden ook, door de opstellers nauwkeurig uitgezochte, factoren opgesomd die bij de toetsing van het gedrag van de actor aan de zorgvuldighedsnorm kunnen worden aangewend:

'the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.'

Door het hanteren van een dergelijke factorencatalogus wordt het flexibele karakter van de regeling benadrukt. Voorts biedt de catalogus aan de rechter een houvast bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag. Dit bevordert de rechtszekerheid. Terecht schrijft een van de commentatoren van het Oostenrijkse Entwurf:

'Durch die explizite Anführung der maßgeblichen Faktoren im Gesetz wird ein Gewinn an Bestimmtheit erreicht, der zu einer besseren Vorsehbarkeit des Ergebnisses des Rechtswidrigkeitskalküls führen soll.'⁷⁵

Voor een Nederlandse jurist klinkt deze aanpak bekend in de oren, sinds de Hoge Raad in het Kelderluik-arrest besliste welke algemene gezichtspunten in aanmerking moeten worden genomen voor de beantwoording van de vraag of er bij gevaarzetting, dat wil zeggen het scheppen of laten voortbestaan van gevaar voor eens anders persoon of goed, al dan niet sprake is van maatschappelijke onbetamelijkheid (zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136): de aard en de omvang van de gevreesde schade, de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.⁷⁶

75 Fenyves 2006, p. 50, nr. 10. Zie ook H. Koziol, 'Grundgedanken, Grundnorm und geschützte Interessen', in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurfeines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 28, nr. 13.

76 Zie daarover J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 47 (G.E. van Maanen).

Toch is de benadering van de PETL en de Nederlandse benadering, zoals door Hartlief terecht is opgemerkt, niet dezelfde. In de PETL wordt namelijk niet uitgegaan van een echte norm, maar eerder van een *yardstick*, een maatstaf (beslissend is wat de *reasonable person in the circumstances* zou hebben gedaan) waaraan aan de hand van al dan niet expliciet genoemde factoren en omstandigheden nadere invulling wordt gegeven. In het Nederlandse recht wordt wel een 'echte' norm aangereikt, ook al is het een abstractie die pas kleur krijgt in de omstandigheden van het schadegeval: *de zorgvuldigheid die in het maatschappelijke verkeer betaamt*. Vervolgens wordt deze norm nader ingevuld door de Kelderluikcriteria. De PETL dragen, zoals gezegd, eigenlijk geen norm aan, maar eerder een vergelijkingsmodel, en gaan min of meer in één keer door naar de elementen van (on)zorgvuldig gedrag.⁷⁷

Een met de PETL vergelijkbare benadering treffen we aan in de Third Restatement Torts en in het Oostenrijkse Entwurf. In § 3 Third Restatement Torts (*negligence*) luidt de *black letter text*:

'A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances.'

Vervolgens wordt een aantal beoordelingsfactoren (*primary factors*) opgesomd die bij de beoordeling of iemand als een *reasonably careful person* heeft gehandeld, kunnen worden aangewend, namelijk i) de voorzienbare waarschijnlijkheid dat het gedrag van de actor tot schade zal leiden (*the foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm*), ii) de voorzienbare ernst van de schade die zich zou kunnen voordoen (*the foreseeable severity of any harm that may ensue*) en iii) de zwaarte van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen teneinde de kans op schade weg te nemen of te verminderen (*the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm*).

Ook het Oostenrijkse Entwurf beperkt zich niet tot de eenvoudige aanwijzing dat men zich moet gedragen volgens de zorgvuldigheid die '*unter den gegebenen Umständen*' te verwachten valt, maar somt in § 1296 de volgende factoren op:

'Rang und Wert der gefährdeten und der verfolgten Interessen, die Gefährlichkeit der Situation, das Naheverhältnis zwischen den Beteiligten, die Möglichkeit einer Gefahrenvermeidung sowie die damit verbundenen Kosten und Mühen.'

Het Zwitserse voorontwerp is in dit opzicht beduidend terughoudender geformuleerd. In het Vorentwurf, waar art. 48a (1) als *fahrlässig* beschouwt 'die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen obliegende Sorgfalt missachtet', worden alleen de interne capaciteiten van de dader gespecificeerd. De rechter mag, op grond van art. 48a (2),

77 Zie Hartlief 2007, p. 52.

bij de beoordeling van de zorgvuldigheid namelijk rekening houden met de leeftijd (*Alter*), opleiding (*Bildung*), kennis (*Kenntnis*) en de overige vaardigheden (*Fähigkeiten*) en eigenschappen (*Eigenschaften*) van de laedens.

De opstellers van de DCFR, ten slotte, hebben geen lijst van gezichtspunten geformuleerd. Op grond van art. VI-3:102 is er sprake van *negligence*, indien de schade wordt veroorzaakt door een handeling die (a) niet in overeenstemming is met de bijzondere wettelijke gedragsnorm die tot doel heeft het slachtoffer tegen de geleden schade te beschermen, of (b) niet overeenstemt met de zorgvuldigheid die van een ‘reasonably careful person in the circumstances of the case’ kan worden verwacht. De DCFR geeft dus alleen aan dat het gedrag van de dader moet worden vergeleken met dat van de *reasonable person in the circumstances of the case*,⁷⁸ zonder te preciseren welke beoordelingsfactoren bij de toetsing van het gedrag van de actor kunnen worden gehanteerd.⁷⁹ Het is wachten op het commentaar op de DCFR om precies te weten waarom de auteurs in art. VI-3:102 geen factorencatalogus hebben willen opnemen. Willen zij soms aan de rechter een zo ruim mogelijke beoordelingsmarge geven bij de vergelijking van het gedrag van de actor met de zorgvuldigheid die de *reasonable man in the circumstances of the case* in acht zou nemen?⁸⁰

4.5 De maatman als *universal hero*

Als standaard voor de zorgvuldigheidsnorm is de maatman – *reasonable person*, *reasonably careful person*, *Mafstabfigur* – een betrekkelijk universele verschijning. Hij is de evenwichtskunstenaar die balanceert op het slappe koord van goed en fout. In de meeste commentaren wordt bij de bespreking van de factorencatalogi uitgegaan van de gedachte dat het aansprakelijkheidsrecht een evenwicht moet vinden tussen vrijheid van de een en vrijheid van de ander, of tussen vrijheid en bescherming. Zie bijvoorbeeld de toelichting op de PETL:

‘(...) liability law (...) has to seek and to find the proper balance between conflicting individual interests, which represent the two faces of liberty: On the one side, we have the ‘activity interest’ which corresponds to the liberty of developing one’s personality and displaying economic, sportive or artistic activities; on the other hand the ‘integrity interest’, corresponding to the liberty to enjoy one’s own physical and psychic capacities and one’s property without being disturbed.’⁸¹

78 Merk op dat er in een eerdere tekst van de *Study Group* niet werd gesproken van ‘the circumstances of the case’, maar van ‘all the circumstances of the case’.

79 U. Magnus, ‘Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2004, p. 570.

80 Vgl. in dit verband Veillard 2007, p. 266.

81 Widmer 2005, p. 76, nr. 6.

Voorts wordt in de onderzochte teksten beklemtoond dat voor de toetsing van het gedrag van de actor aan dat van de *reasonable person* de omvang van de zorg moet worden afgewogen tegen de omvang van het risico. Het risico voor de benadeelde is bepalend voor de te betrachten zorg door de veroorzaker van de schade. Een groot risico vereist een grote mate van zorg en bij een gering risico kan in het algemeen met minder zorg worden volstaan.⁸²

Niet alleen over deze uitgangspunten, maar ook over de in aanmerking te nemen factoren en omstandigheden bestaat er een zekere mate van overeenstemming tussen de onderzochte teksten. Sommige daarvan zijn geïnspireerd door de vuistregels die de Amerikaanse rechter Learned Hand zestig jaar geleden heeft geformuleerd in zijn beroemde uitspraak *United States v. Carroll Towing Co.*⁸³ Het ging volgens Learned Hand bij het vaststellen van aansprakelijkheid (i.c. de aansprakelijkheid van de *lessee* van een schip) om drie elementen: de waarschijnlijkheid van de schade ('the probability that she will break away'), de ernst van de schade ('the gravity of the resulting injury, if she does') en de last van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen ('the burden of adequate precautions').

Uit de onderzochte teksten hebben wij de volgende (objectieve) factoren kunnen destilleren. Een eerste element is de aard en het gewicht van de betrokken belangen. Zo moet een persoon een grotere zorgplicht in acht nemen naarmate het belang, dat hij door zijn gedrag dreigt aan te tasten, hoger moet worden ingeschat. We treffen dit element zowel in de PETL (art. 4:102: 'the nature and value of the protected interest involved'),⁸⁴ de Third Restatement Torts (§ 3: 'the foreseeable severity of any harm that may ensue') als in het Oostenrijkse Entwurf (§ 1296 (1): 'Rang und Wert der gefährdeten und der verfolgten Interessen') aan.⁸⁵ Zo zal letselschade eerder voor vergoeding in aanmerking komen dan zuivere vermogensschade. Vergelijk hiermee het Kelderluikcriterium 'aard en omvang van de geleden schade'.

82 Vgl. bijv. Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 3. Negligence, Proposed Final Draft No. 1, Reporters' Note, Comment d: 'Many opinions in essence incorporate the balancing approach by stating that the 'amount of care' required of the actor is 'proportionate to' or 'commensurate with' the extent of the danger involved.'

83 Zie hiervoor noot 18.

84 Vgl. tevens Widmer 2005, p. 76-77, nr. 7: 'It means that the higher the endangered or threatened interest has to be valued, the greater the efforts of a person whose behaviour could interfere with those interests have to be in order to prevent any damage. It means on the other hand also that a very valuable or even preponderant interest of the person who causes the damage may to a certain degree justify his conduct and, accordingly, contribute to lower the standard of care applicable to such person.'

85 Vgl. Fenyves 2005, p. 50, nr. 11: 'Unter dem 'Rang' der Interessen wird das Verhältnis der Interessen zueinander angesprochen, also etwa die Höherrangigkeit des Interesses an der körperlichen Unversehrtheit gegenüber einem bloßen Vermögensinteresse. Mit dem Begriff des 'Werts' wird dagegen auf die Abstufung innerhalb einer Gruppe von Interessen abgezielt, also zB bei der Abwägung zwischen gegenläufigen Interessen bei einer Sachbeschädigung.'

Een tweede element is de aard van de gedraging. Naarmate een gedraging gevaarlijker is, moet een hogere zorgplicht in acht worden genomen. Dit element vinden we eveneens terug in de PETL en het Oostenrijkse Entwurf. Het Entwurf vermeldt het element ‘Gefährlichkeit der Situation’ zonder op dat element dieper in te gaan. In de PETL wordt het begrip ‘dangerousness of the activity’ wel nader toegelicht:⁸⁶

‘It is a general principle of common sense that one has to adapt his diligence to the nature of the activity he exercises and that one should refrain from undertakings for which he is not sufficiently prepared and formed.’

De commentator Widmer beklemtoont daarbij dat het begrip *dangerousness* ruim moet worden uitgelegd: van de actor wordt bij zijn handelen een zekere ‘expertise’ gevergd. Een persoon handelt onzorgvuldig, indien hij een gevaarlijke activiteit uitvoert, wetende dat hij daarvoor niet de vereiste bekwaamheid bezit.⁸⁷ Ook dit element treffen we – als additioneel Kelderluikcriterium – in het Nederlandse recht aan.⁸⁸ Zo zal bijvoorbeeld in sport- en spelsituaties een handeling minder snel als onrechtmatig worden aangemerkt dan daarbuiten.

Ronduit klassiek is de derde factor: *the foreseeability of the damage* (art. 4:102 PETL), *the foreseeable likelihood that the person’s conduct will result in harm* (§ 3 Third Restatement Torts), de waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade (Kelderluik). Des te groter de kans op schade, des te sneller zal de dader aansprakelijk zijn. In de toelichting op de PETL wordt in dit verband opgemerkt:

‘A person cannot be held liable for a consequence of her behaviour if, notwithstanding all due caution, she was not able to foresee it. In this context, foreseeability certainly has to be considered ex ante; however, the question can still be discussed if the yardstick is that of a more or less objectivated, abstract foreseeability or if, on the contrary, the damageable consequences must have been reasonably foreseeable for the specific person whose liability is at stake. The Principles adopt an objective approach (...).’⁸⁹

Aldus moet de voorzienbaarheid van de schade objectief worden beoordeeld. Voor een subjectieve benaderingswijze is in de PETL in beginsel geen plaats.

86 Widmer 2005, p. 77, nr. 8.

87 Widmer 2005, p. 77-78, nr. 9.

88 Vgl. recentelijk HR 7 april 2006, NJ 2006, 244 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3: ‘dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, niet alleen moet worden gelet op de kans op schade, maar ook op de aard van de gedraging, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen (vgl. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136).’

89 Widmer 2005, p. 78, nr. 11.

Een vierde element is de bezwaarlijkheid van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen. Ook dit element verdient het predicaat 'klassiek', omdat het in praktisch alle onderzochte teksten als wegingsfactor wordt genoemd. Zo is in de Third Restatement Torts (§ 3. Negligence) 'the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm' een van de drie bepalende factoren bij de beoordeling van de vraag of de laedens als een *reasonably careful person* heeft gehandeld. Zou het treffen van voorzorgsmaatregelen, uit financieel oogpunt of anderszins, relatief eenvoudig zijn geweest, dan wordt de gevaarzettende activiteit eerder als onrechtmatig beoordeeld. Zowel de PETL als het Oostenrijkse Entwurf benadrukken in dit verband het kostenaspect. Zie art. 4:102 PETL: 'the availability and the costs of precautionary or alternative methods' en § 1296 Entwurf: 'die Möglichkeit einer Gefahrenvermeidung sowie die damit verbundenen Kosten und Mühen.' In de toelichting op de PETL wordt daarbij de vraag opgeworpen in hoeverre een 'pure cost-benefit analysis' bij de invulling van de 'bezwaarlijkheidsfactor' van groot praktisch nut zou kunnen zijn. Het antwoord op deze vraag luidt volgens commentator Widmer negatief:

'apart from anything else, it may be extremely difficult, if not impossible, to determine what are the costs on each side of the equation.'⁹⁰

Een laatste – vijfde – wegingsfactor die zowel door het Oostenrijkse Entwurf als de PETL wordt genoemd, is de bijzondere verhouding tussen de betrokken partijen. Zo spreekt art. 4:102 PETL over 'the relationship of proximity or special reliance between those involved' en heeft § 1296 van het Oostenrijkse Entwurf het over 'das Naheverhältnis zwischen den Beteiligten'. Wat onder een dergelijke bijzondere verhouding moet worden verstaan, wordt in het Oostenrijkse Entwurf niet nader toegelicht. De toelichting op de PETL is op dit punt meer expliciet:

'This aspect is of particular relevance in the field of liability for services where damages are mostly of 'purely economic' nature, especially in the widespread consulting business. Where a person has special knowledge in a particular field (banking, arts etc.), or creates or lets develop the appearance of such knowledge, she has to assume the corresponding responsibility towards people who (obviously) rely on it.'⁹¹

Het handelt hierbij om (bijzondere) gevallen die liggen in de sfeer van de beroepsaansprakelijkheid of eventueel de familiesfeer.⁹² Naar ons oordeel

90 Widmer 2005, p. 79, nr. 13.

91 Widmer 2005, p. 78, nr. 12.

92 Vgl. in dit verband HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 m.nt. JH (*Verhuizende zusjes*).

is deze factor evenwel zodanig specieus van aard dat deze niet als algemene wegingsfactor in het onrechtmatigheidsoordeel zou mogen worden betrokken.

5 SLOTBESCHOUWING

Is 'de maatman' in het onrechtmatige daadsrecht op grond van de onderzochte teksten als een *universal hero* te bestempelen of is er 'slechts' sprake van een *relatief* universele maatstaf? Het antwoord op de vraag of iemand handelt als *reasonable man*, geschiedt in beginsel *objectief*. Daarbij mag rekening worden gehouden met externe omstandigheden, zoals bijzondere vaardigheden van de actor of plaats en tijd van het ongeval. Uit ons onderzoek is naar voren gekomen dat tussen de onderzochte teksten een opvallende overeenstemming bestaat over de objectieve factoren die de rechter bij zijn beoordeling mag betrekken: de aard en het gewicht van de betrokken belangen, de aard van de schadeverwekkende gedraging, de voorzienbaarheid van de schade en de bezwaarlijkheid van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen. De onderzochte teksten verschillen evenwel op het vlak van de wijze waarop rekening wordt gehouden met *subjectieve* kenmerken van de actor, zoals zijn leeftijd, gezondheidstoestand en intelligentie. Sommige teksten, zoals de PETL en de Third Restatement Torts, verdisconteren deze kenmerken door de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (lees: de maatman) te subjectiveren. Een dergelijke systematiek leidt ertoe dat de maatman wordt omgevormd tot een op de concrete persoon toegesneden subject. Andere teksten, zoals het Oostenrijkse Entwurf en het Zwitserse Vorentwurf, maken daarentegen een duidelijk onderscheid tussen de onzorgvuldigheid van het gedrag enerzijds en de verwijtbaarheid van de handeling aan de actor anderzijds. Aldus verheffen zij de maatman tot (objectieve) norm. Deze opvatting verdient naar onze mening de voorkeur. Slechts langs deze weg kan immers op een nauwkeurige wijze worden aangegeven wat in objectieve zin als maatschappelijk betamelijk wordt beschouwd. Idealiter is onze maatman een (objectieve) *universal hero*; uit de door ons onderzochte regels van *soft law* komt hij echter vooralsnog naar voren als een relatief universeel begrip.

9 Normaal (en bijzonder) gebruik van gekochte zaken

Jac. Hijma[■]

1 NORMAAL GEBRUIK

De maatman, de laureaat van deze bundel, doet in het contractenrecht vooral van zich spreken op het niveau van de bijzondere overeenkomsten. Verwonderlijk is dat niet. Meten veronderstelt een bepaalde mate van – houvast bieden – concretisering. Naarmate men het veld ruimer afbakent, vervagen de contouren van een mogelijke meetlat, zodat een exercitie als ‘het nemen van de maat’ minder voor de hand komt te liggen.

Op het terrein van de koop wordt de maatman gesignaleerd in het raam van de (non)conformiteit.

De door de verkoper afgeleverde zaak moet, aldus bepaalt art. 7:17 lid 1 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (BW), aan de overeenkomst beantwoorden.¹ Van dit conformiteitsvereiste geeft art. 7:17 lid 2 een – broodnodige – uitwerking: de afgeleverde zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst, indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de *eigenschappen* bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Het artikellid voegt daar, inkleurend en afrondend, de volgende volzin aan toe:

Art. 7:17 (2) BW

(...) De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

Wat is te verstaan onder zulk ‘normaal gebruik’? Of, in de geest van deze bundel op de persoon toegespitst: wat is te verstaan onder een ‘normale gebruiker’?² De aangesneden kwestie speelt niet alleen op het Nederlandse

■ Jac. Hijma is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Over dit leerstuk verscheen recent het proefschrift van P. Klik, *Conformiteit bij koop*, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 2008.

2 ‘Normale gebruiker’ roept associaties op met de Duitse (Otto) Normalverbraucher; de beide personen zijn echter slechts in de verte verwant.

rechtstoneel een rol. Integendeel; zowel in andere nationale als in transnationale stelsels komt men haar veelvuldig tegen.

2 INTERNATIONALE KADERS

2.1 Eenvormige Koopwet (1964); Weense Koopverdrag (1980)

Het Nederlandse art. 7:17 BW is geïnspireerd door de LUVI, de Haagse Eenvormige Koopwet van 1964, die in ons land van 1972 tot 1992 van kracht is geweest. Het in art. 7:17 centraal staande begrip 'beantwoorden aan de overeenkomst' is van deze LUVI (art. 19, 33 e.v.) overgenomen.³ Art. 33 LUVI somt zes categorieën gevallen op waarin de verkoper in de nakoming van zijn verplichting tot aflevering tekortschiet.⁴ Tot deze rubrieken behoren de ongeschiktheid voor 'normaal gebruik' en die voor 'bijzonder gebruik'.

Art. 33 (1) LUVI

De verkoper schiet tekort in de nakoming van zijn verplichting tot aflevering:

(..) (..)

(d) wanneer hij een zaak afgeeft die niet de eigenschappen bezit, nodig voor een normaal gebruik of voor gebruik voor handelsdoeleinden;

(e) wanneer hij een zaak afgeeft die niet de eigenschappen bezit, nodig voor een bijzonder gebruik dat uitdrukkelijk of stilzwijgend bij de overeenkomst is voorzien;

(..) (..)

De LUVI is opgevolgd door het – succesvoller – Weense Koopverdrag van 1980 (CISG), dat voor ons land in werking trad op 1 januari 1992, tegelijk met de Boeken 3, 5, 6 en (deels) 7 van het nieuwe BW. Evenals ons wetboek kent het Koopverdrag aan het conformiteitsvereiste een zelfstandige positie toe, daarmee een einde makend aan de ongelukkige verstrengeling van conformiteit en aflevering zoals de LUVI die kende. Op het ons bezighoudende punt bevat het Weense Koopverdrag de volgende bepalingen.⁵

Art. 35 (2) CISG

Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:

(a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

³ Zie TM en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 118, 125.

⁴ In de LUVI was het conformiteitsvereiste (nog) met de verbintenis tot aflevering vervlochten, hetgeen een ingewikkelde regeling opleverde en als ongelukkig werd ervaren.

⁵ Over conformiteit naar het Weense Koopverdrag S.A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, diss. Utrecht, Antwerpen: Intersentia 2004.

(b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;
(..) (...)

2.2 Europese richtlijn 99/44 (1999)

Het Weense Koopverdrag is op de handelskoop georiënteerd; de consumentenkoop valt buiten zijn bereik (art. 2 sub a CISG). Juist voor die consumentenkoop is Europese richtlijn 99/44/EG 'betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen' geschreven.⁶ Deze richtlijn kent aan consument-kopers een aantal rechtsmiddelen toe bij nonconformiteit en besteedt, daaraan voorafgaand, de nodige aandacht aan de vraag wanneer van (non)conformiteit sprake is. De voor deze beschouwing relevante richtlijn-bepalingen luiden als volgt.

Art. 2 (2) richtlijn 99/44/EG

Overeenstemming met de overeenkomst wordt vermoed, wanneer de consumptiegoederen:

(..) (...)

(b) geschikt zijn voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat deze aan de koper bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld en welke de verkoper heeft aanvaard;

(c) geschikt zijn voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;

(d) de kwaliteit en prestaties bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten (...);

(..) (...).

De richtlijn heeft geen directe horizontale werking; haar bepalingen worden tussen burgers eerst effectief via het intermediair van de nationale implementatiewet.⁷ Ten onzent is richtlijn 99/44/EG per 1 mei 2003 in het Burgerlijk Wetboek verwerkt, hetgeen tot enkele – weinig spectaculaire – ingrepen in het bestaande art. 7:17 BW heeft geleid.⁸

6 Pb EG 1999, L 171.

7 Nader M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001, nr. 28 e.v.

8 Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Kamerstukken 27 809; Stb.* 2003, 151.

2.3 Duits Bürgerliches Gesetzbuch (2002)

Medio 2002 is in Duitsland een omvangrijke wijziging van het verbintenissenrecht gerealiseerd, waarbij onder meer de in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) vervatte koopregeling grondig is herzien, mede in het licht van bovengenoemde richtlijn 99/44/EG. Sedert deze *Schuldrechtsreform* luidt de toepasselijke Duitse regeling als volgt.

§ 434 (1) BGB

¹ Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. ² Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
2. wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

(..)

2.4 Principles of European Law on Sales (2008)

In het verlengde van de algemeen-contractenrechtelijke Principles of European Contract Law (PECL) zijn anno 2008 ook op het terrein van de koop Europese *principles* verschenen: de Principles of European Law on Sales (PELS), verzorgd door Hondius c.s. (hierna te noemen: Sales Principles).⁹ Art. 2:202 van deze Principles is gewijd aan de conformiteitsproblematiek. De tekst van dit artikel is woordelijk gelijk aan die van art. IV.A.-2:302 van het Draft Common Frame of Reference (DCFR), zoals – in een ‘Interim Outline Edition’ – gepubliceerd door Von Bar c.s.¹⁰ Aangezien de twee betrokken studiegroepen nauw hebben samengewerkt, wekt deze eensgezindheid geen verbazing.

Hoewel het hier niet om *recht* in eigenlijke zin gaat, is kennisname van deze regelstelsels, die mede bedoeld zijn als aanzet tot een eventueel Europees Burgerlijk Wetboek, uit een oogpunt van (rechtsvergelijking en) rechtsontwikkeling alleszins interessant.

9 E. Hondius, V. Heutger, C. Jeloschek, H. Sivesand & A. Wiewiorowska, *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Sales (PELS)*, München: Sellier 2008. Het conformiteitsartikel 2:202 wordt besproken op p. 191-195 (comments) en p. 195-204 (notes, i.e. rechtsvergelijkende onderbouwing). Zie voor de Nederlandse tekstversie p. 19.

10 C. von Bar c.s. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, München: Sellier 2008.

Art. 2:202 PEL S

Art. IV.A.-2:302 DCFR

The goods must:

(a) be fit for any particular purpose made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for the buyer to rely, on the seller's skill and judgement;

(b) be fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

(..) (...); and

(f) possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect.

Het is duidelijk dat PEL S en DCFR in dit verband sterk schatplichtig zijn aan het Weense Koopverdrag.

3 EEN VERGELIJKING

Legt men de geciteerde teksten naast elkaar, dan domineren de overeenkomsten: alle stelsels bevatten regels met betrekking tot 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik', en alle stelsels vestigen als regime dat de zaak voor normaal gebruik geschikt moet zijn en voor een bijzonder gebruik in principe niet geschikt behoeft te zijn. Ook in andere landen, zowel in Europa¹¹ als daarbuiten,¹² treft men deze tweeslag aan.

De *verschillen* zijn meer op detailniveau gelegen. In de eerste plaats zijn er enige verschilpunten van *algemene* aard: (i) soms gaat de regel inzake normaal gebruik vooraf aan die inzake bijzonder gebruik, soms is het andersom; (ii) soms wordt gesproken van normaal/bijzonder gebruik, soms van gebruik voor normale/bijzondere doeleinden; (iii) soms hebben de regels inzake het gebruik een autonome positie, soms zijn zij onderhorig aan een algemener criterium 'eigenschappen die de koper mag verwachten'. Voorts bestaat een aantal verschillen ten aanzien van de regel voor *normaal* gebruik: (iv) soms wordt gebruik voor handelsdoeleinden afzonderlijk vermeld; (v) soms wordt enige precisering aangebracht via vermelding van de soort of de beschrijving van de zaak; (vi) soms wordt een uitzondering gemaakt voor gevallen waarin de koper reden had tot twijfel. En ten slotte zijn verschillen aanwijsbaar ten aanzien van de voor *bijzonder* gebruik gegeven regel: (vii) de rol van de koper wordt verschillend gepresenteerd; (viii) de rol van de verkoper wordt verschillend gepresenteerd; (ix) soms wordt een uitzondering gemaakt voor gevallen waarin de koper niet op het oordeel van de verkoper

11 Zie de inventarisatie in PEL S 2008, Art. 2:202, Notes, 2-3.

12 Bijv. de Amerikaanse Uniform Commercial Code, § 2-314 en 2-315 UCC, waarover ten onzent Klik 2008, nr. 105-106.

mocht vertrouwen. In de loop van het betoog komen deze divergenties, in een andere volgorde, nader ter sprake.¹³

4 CONFORMITEIT – EIGENSCHAPPEN – GEBRUIK

In de Nederlandse wet staat de regel dat de afgeleverde zaak de eigenschappen moet bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn (art. 7:17 lid 2, tweede zin, BW) niet op eigen benen, maar is hij ingebed in de meer algemene norm dat de zaak de eigenschappen moet bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten (art. 7:17 lid 2, eerste zin), welke norm op zijn beurt een uitwerking is van het basisvereiste der conformiteit: de afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden (art. 7:17 lid 1). De meetlat van het normale gebruik is zodoende de laatste schakel van een driedelige keten: beantwoorden aan de overeenkomst – voldoen aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper – geschikt zijn voor normaal gebruik.

In andere rechtsstelsels ontbreekt nogal eens het tussenstation, en vormt de geschiktheid voor normaal gebruik een *rechtstreekse* uitwerking van het principe dat de zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Aldus bijvoorbeeld art. 35 CISG en art. 2:202 PEL S.¹⁴ Dat de Nederlandse wetgever tot een driedelig schema heeft besloten, is terug te voeren op een dubbele – zo men wil: tweeslachtige – wens aan zijn kant. Enerzijds heeft de wetgever, *top down*, een algemene uitwerking van het conformiteitscriterium willen aanreiken (eigenschappen die de koper mocht verwachten). Anderzijds heeft hij, veeleer *bottom up*, een concreet meetinstrument willen toevoegen dat in de praktijk houvast bieden kan en internationaal erkenning heeft verworven (geschiktheid voor normaal gebruik).¹⁵ In de eerste wetsontwerpen ontbrak die concretisering; zij is naderhand ingebracht, in reactie op kritiek vanuit de Tweede Kamer.¹⁶ Over het aanvankelijke voorstel, dat slechts de formule bevatte dat de zaak de eigenschappen moest bezitten die de koper mocht verwachten,¹⁷ merkte de Kamercommissie op:¹⁸

‘Het hier gegeven criterium is alleen geschikt als maatstaf voor de rechter en niet als criterium aan de hand waarvan de koper en de verkoper kunnen afleiden wie het gelijk aan zijn zijde heeft. De onderhavige bepaling zal dan ook tot vele proce-

13 Zie voor (i) par. 9, voor (ii) par. 5.3, voor (iii) par. 4, voor (iv) par. 5.2, voor (v) par. 6, voor (vi) par. 10.1, voor (vii) en (viii) par. 8, en voor (ix) par. 10.2.

14 Geciteerd in par. 2. Art. 2:202 PEL S vermeldt sub f ‘such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect’ als afzonderlijke toetssteen, *naast* die van normaal en bijzonder gebruik.

15 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 125.

16 NvW 2 (1986), *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 127 (vgl. p. 120).

17 NvW 1, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 120.

18 VV II, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 122.

dures moeten leiden. Ten onrechte is geen aansluiting gezocht met de in het buitenland en het internationale rechtsverkeer gebruikelijke formuleringen. (...)'.

Door de vervolgens aangekoppelde regels inzake normaal en bijzonder gebruik te presenteren als een *invulling* van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper, heeft de wetgever de lasnaden tussen een en ander zoveel mogelijk weggewerkt. Deze systematische ophanging heeft wel tot gevolg, dat 'geschikt voor normaal gebruik' ten onzent relatief sterk is doordeesemd van de gedachte dat als de koper een bepaalde eigenschap niet aanwezig *mocht* achten er geen sprake is van nonconformiteit, zelfs al blijkt de zaak niet normaal bruikbaar. In de wet komt dit ook expliciet naar voren: de clausulering 'en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen' treft men elders weinig aan.¹⁹

5 BEGRIP 'GEBRUIK'

5.1 Feitelijke natuur

De tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW, waarin het *gebruik* van de zaak naar voren treedt, brengt een terreinversmalling ten opzichte van de eerste volzin, die in algemene zin van eigenschappen rept. Naar gangbaar spraakgebruik betekent 'gebruik' *feitelijke* hantering: het slaan met een hamer, het werken aan een bureau, het wonen in een huis. Er zijn allerlei eigenschappen die bij de feitelijke inzet van een zaak niet tot uitdrukking komen, met name in de sfeer van afkomst, uiterlijk en waarde:²⁰ de authenticiteit van een antieke kandelaar, de kleur van een auto, de vorm van een computerkast.

Nu kan men betogen dat ook aspecten zoals de laatstbedoelde nog wel onder het gebruik van de zaak te vatten zijn, mits men die term maar ruim genoeg opvat: is de kandelaar niet antiek, dan reduceert zulks het genot (psychisch gebruik) en de verhandelbaarheid (economisch gebruik), en hetzelfde kan, zij het minder sterk, van foutieve kleuren en vormen van machines worden gezegd. Voor zo'n oprekking bestaat echter geen grond.²¹ De wet voegt voor bepaalde gevallen een houvast toe. Dat houvast is vanuit de praktijk gegroeid en op de praktijkopvattingen georiënteerd, en heeft daarmee een 'pre-juridische' reikwijdte. Naar Nederlands recht, waar het centrale criterium is

19 Nader par. 10.1.

20 Vgl. E.M. Meijers, 'Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling', *WPNR* 2751 (1922), sub VI. De verbindingslijn loopt aldus, dat onder het oude recht het begrip 'gebrek' in art. 1540-1548 BW *oud* (verborgen gebreken) aldus werd opgevat, dat de zaak minder geschikt moest zijn voor feitelijk gebruik.

21 In HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17 (De Rooij/Van Olphen), overweegt de Hoge Raad dat 'normaal gebruik' betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan. Deze overweging ziet echter niet op de wettelijke term, maar op (de uitleg van) die term in een overeenkomst; zie par. 11.

welke eigenschappen de koper mocht verwachten, kan bij niet-gebruiksvragen op die algemener toets worden teruggevallen, met dezelfde resultaten. Er is dus geen reden de term ‘gebruik’ buiten zijn natuurlijke oevers te persen. Heeft de afgeleverde auto een andere kleur dan die waarop de koper vlaste, dan wordt de casus m.i. alleen door het criterium ‘de eigenschappen die de koper mocht verwachten’ geregeerd.

In de nationale en internationale literatuur treft men op dit punt maar weinig beschouwingen aan. De aangedragen voorbeelden betreffen vrijwel steeds het feitelijke gebruik van het gekochte, zij het zonder dat daaraan een principiële inperking wordt verbonden.²²

5.2 Gebruik voor handelsdoeleinden

Art. 33 (1) (d) LUVI vermeldde, in één adem met het normale gebruik, het ‘gebruik voor handelsdoeleinden’. In het Weense Koopverdrag wordt aan dit type gebruik niet langer afzonderlijk aandacht besteed. Het secretariaatscommentaar schetst de achtergrond:²³

‘In particular, the obligation to furnish goods which are fit for all the purposes for which goods of the contract description are ordinarily used also covers a buyer who has purchased the goods for resale rather than use. For goods to be fit for ordinary purposes, they must be honestly resaleable in the ordinary course of business’.

De visie dat de mercantiele benutting reeds wordt bestreken door de regel die voor het normale gebruik is geformuleerd, is inmiddels gemeengoed.²⁴ Het gebruik voor handelsdoeleinden kan als zelfstandige categorie in de vitrine der rechtshistorie worden bijgezet. Gemist wordt zij niet. Om ‘honestly resaleable in the ordinary course of business’ te zijn, zal de handelswaar als regel de eigenschappen moeten bezitten die haar voor normaal eindgebruik geschikt maken. De mogelijke gedachte dat bij verkoop aan een handelaar een lagere kwaliteitsstandaard zal gelden dan elders, omdat voldoende is dat deze koper de zaken – ook al zijn zij imperfect – zonder problemen aan een derde kan doorverhandelen, is naar de moderne rechtsbeleving curieus.²⁵ Wel kan, met

22 *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (...), Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, door U. Magnus, Berlin: Sellier 2005, Art. 35, nr. 19, noemt temidden van vele voorbeelden van feitelijk gebruik het geval van ‘unübliche Verfärbungen etc, die die Eignung der Ware nicht berühren’; vgl. P. Schlechtriem & I. Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München: Beck 2004, Art. 35 (Schwenzer), nr. 14 slot.

23 ‘Secretariat Commentary’, in: J. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Deventer: Kluwer 1989, p. 422, sub 5.

24 Zie o.a. Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 14 e.v.

25 Vgl. *Cehave NV v. Bremer Handelsgesellschaft (The Hansa Nord)* [1976], QB 44.

name bij bederfelijke waar, het feit dat de zaken voor handelsdoelen worden gekocht invloed hebben op de vraag hoe lang zij hun kwaliteit(en) moeten behouden; de aan een consument meegegeven vrucht mag rijper zijn dan de vrucht die aan een groothandelaar wordt verkocht en eerst na verloop van tijd zal worden geconsumeerd.

5.3 Gebruikswijze versus gebruiksdoel

De Nederlandse wet spreekt van ‘normaal gebruik’, terwijl veel andere rechtsstelsels een formulering van het type ‘gebruik voor normale doeleinden’ prefereren. Men zie art. 35 van het Weense Koopverdrag en art. 2:202 van de Sales Principles: ‘fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used’. De toetsen zijn niet identiek: de eerste formule zoekt naar het *hoe*, de tweede naar het *waartoe*.

Welke aanpak is verkieslijk? Als ik op de armsteun van een plastic stoel plaatsneem, dan gebruik ik dat meubel niet op een normale wijze, maar wel voor een normaal doel (namelijk: gezeten zijn). En als ik dezelfde plastic stoel met enige andere onfraaie objecten in mijn achtertuin neerzet teneinde het vrije uitzicht van de burens te verstoren, dan is dat wel als normaal gebruik van de stoel aan te merken (namelijk: buiten neerzetten), maar niet als gebruik voor een normaal doel. Deze voorbeelden illustreren dat het bij de conformiteit in essentie gaat om de vraag *hoe* de koper de zaak gaat gebruiken, en dat de vraag naar de doeleinden alleen betekenis heeft voor zover daaruit iets over het ‘hoe’ zou kunnen worden afgeleid. Is deze visie juist, dan is de in ons land verkozen benadering, waarin de *gebruikswijze* en daarmee de kern centraal staat, superieur.

6 NORMAAL GEBRUIK (I); CONCRETISERING

6.1 Zaakskenmerken

Met het epitheton *normaal* komt de meetlat op tafel. Welk gebruik mag men als normaal kwalificeren? Bij een huis zal dat logischerwijze anders zijn dan bij een auto, bij een auto weer anders dan bij een zonnebril. De gestelde vraag verkrijgt pas substantie – en daarmee zin – nadat is vastgesteld om ‘wat voor een zaak’ het in concreto gaat. Aldus belanden wij bij de *aard van de zaak*, welk begrip in de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 is verankerd.²⁶

Onder de vlag ‘aard van de zaak’ wordt onderzocht tot welke feitelijke rubriek – ‘soort’ – het onderhavige koopobject moet worden gerekend. Er dient

²⁶ Art. 7:17 lid 2 vermeldt deze ‘aard van de zaak’ sinds 1 mei 2003, toen de implementatiewet van richtlijn 99/44/EG in werking trad.

zich een scala aan mogelijkheden aan. Ik koop een luxe zwartlederen leunstoel. Is de relevante soort die der meubelen, zitmeubelen, stoelen, lederen stoelen, lederen leunstoelen, luxe lederen leunstoelen? De algemene rubrieken verschaffen onvoldoende richting en vallen daarmee af. Ik meen dat men dient te zoeken naar het ‘laagste’ – d.w.z. meest gedetailleerde – niveau waarop nog zinvol een soort kan worden aangewezen. In het voorbeeld is de relevante soort dan die der luxe lederen leunstoelen.²⁷ Doet zich een atypisch fysiek kenmerk voor, zoals een beschadiging, dan dient dat aan de (omschrijving van de) soort te worden toegevoegd. Hetzelfde geldt voor kenmerken die buiten het fysieke liggen, maar de aard der zaak wel medebepalen; een cardinale vraag is bijvoorbeeld nog of de zaak als nieuw wordt verkocht of als tweedehands,²⁸ terwijl in het laatste geval nader gewicht toekomt aan de ouderdomsgraad (bouwjaar).

6.2 Contextuele kenmerken

Ter concretisering van de vraag wat tot normaal gebruik mag of moet worden gerekend, dienen zich naast deze objectkenmerken nog enkele andere gezichtspunten aan. Het totale potentieel kan men rangschikken aan de hand van de vier elementen die in de wettelijke omschrijving van de koop, als bijzondere overeenkomst, besloten liggen:²⁹ de (aard van de) zaak, de (aard van de) prijs, de (aard van de) verkoper, de (aard van de) koper. De laatste drie indicatoren voegen aan de reeds besproken zaakskenmerken een aantal *contextuele* kenmerken toe. Ten aanzien van de prijs: was deze hoog, standaard, laag, op uitverkoopniveau wellicht? Ten aanzien van de verkoper: heeft hij een gespecialiseerd bedrijf, een warenhuis, een marktkraam?³⁰ En ten slotte, ten aanzien van de koper: tot welk klanttype behoort hij – met name: handelt hij professioneel of als consument? – en wat is het bijbehorende gebruikspatroon?

De factor ‘aard van de zaak’ snoert de onzinnig onbepaalde startvraag ‘Hoe wordt *een* zaak gebruikt?’ in tot het zinrijke ‘Hoe wordt *zo’n* zaak gebruikt?’ Vergeleken met die reuzenstap, is het effect van de andere drie indicatoren (prijs, verkoper, koper) gering. Ik zou zelfs menen dat aan die andere factoren beter geen zelfstandige positie kan worden toegekend, omdat zij per saldo alleen gewicht in de schaal leggen indien en voor zover daaruit iets over de aard van de *zaak* valt af te leiden. Een dure fiets is een ander voertuig dan een goedkope (vgl. aard prijs); een brandstorebroek is een ander kledingstuk dan een op de markt aangeschafte broek (vgl. aard verkoper); een professioneel

27 De factor ‘zwart’ kan men gevoeglijk negeren; de kleur zal het gebruik niet beïnvloeden, par. 5.1.

28 NvW, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 121.

29 Zie art. 7:1 BW, § 433 BGB e.a.

30 Vgl. NvW, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 121.

fototoestel is een ander apparaat dan een consumentencamera (vgl. aard koper). Voor zover prijs, verkoper of koper kenmerken hebben die in de aard van het gekochte doorklinken – een ramsjboek, een consumentencamera – zijn zij van belang, maar niet van *zelfstandig* belang, omdat zij in de ‘aard van de zaak’ opgaan. En voor zover prijs, verkoper of koper kenmerken inbrengen die *niet* aldus naar de aard van de zaak doorwerken, komt aan die aspecten m.i. principieel geen invloed toe. Stel een fotojournalist schaft een consumentencamera aan en zet die in bij zijn dagelijkse praktijk, waartegen het apparaat niet bestand blijkt. Als deze koper betoogt dat het toestel voor *zijn* normale gebruik geschikt had moeten zijn, heeft hij ongelijk, ook al was zijn oogmerk voor de verkoper duidelijk. Dit type camera behoeft eenvoudig niet voor professioneel gebruik geschikt te zijn, onverschillig de hoedanigheden van de koper.

Tegen deze achtergrond is het niet merkwaardig, dat veel regelgeving volstaat met een eendimensionale referte aan het karakter van de *zaak*: ‘goods of the same description’ (CISG, PEL S), ‘goederen van dezelfde soort’ (Richtlijn 99/44/EG, Duits BGB).

7 NORMAAL GEBRUIK (II); NORMERING

Pas nadat deze *concretisering* is geschied, kan de *normering* volgen. Wat is, voor een zaak van deze soort, als normaal gebruik te beschouwen? Uiteraard valt hieronder primair het standaardgebruik, zoals de meerderheid der kopers dan van een object zoals het gekochte zal maken. Maar daarmee is nog niet alles gezegd. ‘Normaal’ is geen kwestie van *frequentie*, maar van – verlangde – *potentie*. Normaal gebruik van een eettafel is het eraan gezeten zijn, teneinde spijs en drank tot zich te nemen. Het kan echter vóórkomen dat een koper doeken rond de tafel hangt en er zo een speelwoning voor zijn kinderen van maakt, of dat iemand even op de tafel klimt om een plafonddlamp te vervangen. Is zulk infrequent gebruik abnormaal, niet-normaal? Die conclusie zou ik niet willen trekken. De term normaal verwijst naar een norm, naar een regel, naar een behoren. Hij impliceert dat de zaak *moet kunnen* worden gebruikt op iedere wijze waarop een redelijk denkende koper meent dat zo’n zaak *kan* worden gebruikt, ook al is die gebruikswijze misschien niet gangbaar.

En daarmee springt hij op de *bühne*: de maatman. Meent hij dat de zaak – gezien haar type – op een bepaalde manier *kan* worden gebruikt, dan verbindt het recht daaraan de consequentie dat de zaak op die manier *moet* kunnen worden gebruikt. Reinicke en Tiedtke noemen hem *vernünftige Durchschnittskäufer*, verstandige doorsnee-koper.³¹

31 D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, München: Luchterhand 2004, nr. 327.

‘Was die gewöhnliche Verwendung ist, beurteilt sich nach der Verkehrsanschauung am Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers, der die gekaufte Sache mit anderen Stücken der gleichen Gattung vergleicht.’

Zijn Engelse collega is de *reasonable buyer*.³² Met een knipoog naar art. 6:28 BW, zou men van een koper van ‘goede gemiddelde kwaliteit’ kunnen spreken. Maatgevend zijn kopers die zich qua begaafdheid en inzicht niet beneden de middelmaat bevinden, en die zodoende de kwalificatie ‘normaal’ verdienen.³³ Dat maakt de cirkel rond: ‘normaal gebruik’ is gebruik zoals dat in de ogen van een normale koper kan worden gemaakt van een zaak van de bewuste soort.³⁴

8 BIJZONDER GEBRUIK

8.1 Drie teksten

Normaal gebruik vormt een vast tandem met *bijzonder* gebruik. De voorbeelden van ‘bijzonder gebruik’ zijn legio: het dragen van gewone schoenen bij bergwandelingen,³⁵ het inzetten van een machine onder buitengewone klimatologische omstandigheden,³⁶ het gebruik van een decoupeerzaag om wilgen te snoeien,³⁷ het voorschotelen van kippenvoer aan sierfazanten, het gebruik van een boerenschuur als woning of restaurant.

De vraag wanneer de overeenkomst meebrengt dat de zaak ook voor een bepaald bijzonder gebruik inzetbaar moet zijn, is niet in enkele woorden te beantwoorden. Rechtsvergelijking brengt een flinke diversiteit aan uitwerkingen aan het licht. Zo wordt verlangd, dat het gewenste bijzondere gebruik c.q. het bijzondere gebruiksdoel:

- a) door de koper (uitdrukkelijk of stilzwijgend) aan de verkoper is kenbaar gemaakt (CISG, PEL S);
 - b) door de koper aan de verkoper is medegedeeld, en dat de verkoper het heeft aanvaard (richtlijn 99/44/EG);
 - c) (uitdrukkelijk of stilzwijgend) bij de overeenkomst is voorzien (BW, LUVI).
- Deze teksten vertonen verschil op alle scharnierpunten: rol koper, rol verkoper, overeenkomst.

³² Te dien aanzien Klik 2008, nr. 124.

³³ De doorschakeling van ‘niet beneden de middelmaat’ naar ‘normaal’ is te vinden in Eindverslag I, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 155-156.

³⁴ Zie ook Klik 2008, nr. 124, naar aanleiding van het Engelse recht.

³⁵ Voorbeeld genoemd in het *Official comment* bij § 2-315 UCC, sub 2; zie ook Klik 2008, nr. 154-155.

³⁶ Voorbeeld genoemd door Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 19.

³⁷ Voorbeeld ontleend aan de eigen praktijk. Genoemd gebruik is af te raden.

8.2 Rolpatronen

Bezien wij eerst de rol van de *koper*. De zojuist genoemde teksten (a) en (b) vereisen dat de koper bij het sluiten van de overeenkomst het bijzondere gebruik jegens de verkoper heeft aangegeven. Volgens (a) kan zulks niet alleen uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend. Variant (b) zwijgt op dit punt, maar mag in dezelfde zin worden opgevat; er is geen reden om hier, anders dan elders, in de term 'medegedeeld' een vormvereiste te lezen.³⁸ Tekst (c) verlangt een contractuele voorziening en veronderstelt aldus, hoe men die voorziening ook precies inkleedt, op zijn minst dat de koper het gewenste bijzondere gebruik aan de verkoper kenbaar heeft gemaakt. Aldus stemmen, wat de koperszijde betreft, de verschillende bepalingen zakelijk gezien overeen.

Wat rol van de *verkoper* betreft, is het beeld meer diffuus. Alleen tekst (b) omschrijft een van de verkoper verlangde activiteit: hij moet het door de koper aangegeven bijzondere gebruik of gebruiksdoel hebben geaccepteerd.³⁹ Deze eis lijkt op het eerste gezicht een middenkoers te belichamen tussen enerzijds bepaling (a), die aan de kant van de verkoper geen eisen stelt, en anderzijds bepaling (c), die verlangt dat de overeenkomst in het bijzondere gebruik is gaan voorzien en aldus enigerlei contractuele instemming aan verkoperszijde vereist. Bij nader inzien komen de teksten ook wat de verkoper betreft dicht bij elkaar uit. Tot deze conclusie leidt een analyse van de feitelijke gang van zaken, zoals die zich ontrolt nadat de koper de door hem gewenste bijzondere gebruikswijze ter kennis van de verkoper heeft gebracht. Na die kennisgeving kan zich drieërlei afspelen:⁴⁰

- i) de verkoper geeft aan dat de zaak voor dat bijzondere gebruik niet geschikt is, althans dat hij ter zake geen verplichting op zich neemt;
- ii) de verkoper geeft aan, althans suggereert, dat de zaak voor dat gebruik geschikt is;
- iii) de verkoper reageert niet (maar gaat wel over tot het sluiten van de overeenkomst).

8.3 Verkoper reageert negatief

In de eerste situatie, waarin de verkoper negatief reageert, zal de zaak niet voor het bijzondere gebruik inzetbaar behoeven te zijn, niet onder vigeur van de hierboven geciteerde teksten (b) en (c), maar evenmin onder (a). Er is

38 Evenzo Schlehtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 21. Zie ten onzent art. 3:37 lid 1: '(...) kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden (...)'.
39 De Engelse richtlijntekst, 'any particular purpose which (...) the seller has accepted', is grammaticaal sterker dan de Nederlandse vertaling.

40 Zie tevens Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Deel 5-I*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 348.

misschien aan de bewoordingen van bepaling (a) voldaan, maar zeker niet aan haar geest. Als de verkoper de gezwollen verwachtingen van de koper tijdig heeft doorgeprikt, kan in gemoede niet worden volgehouden dat hij een tekortkoming pleegt als die verwachtingen – inderdaad – niet uitkomen. Tekst (a) pleegt, stellig terecht, te worden gelezen alsof hij afrondt met een clausule-ring als: ‘en de verkoper zich niet daartegen heeft uitgesproken’.⁴¹

8.4 Verkoper reageert positief

Wanneer de verkoper positief reageert, zal juist wél sprake zijn van nonconformiteit als de zaak niet bruikbaar blijkt op de bedoelde bijzondere wijze. De teksten (a), (b) en (c) leiden alle tot ditzelfde resultaat.

Naar de theorie bezien komt het mij voor, dat aldus in wezen via aanbod (koper) en aanvaarding (verkoper) het *beding* in de koopovereenkomst wordt opgenomen dat de zaak zodanige eigenschappen moet hebben, dat zij mede geschikt is voor het betrokken bijzondere gebruik. Het heeft er alle schijn van dat nogal wat regelgevers dit anders zien. De Nederlandse wetgever lijkt met de formule ‘gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien’ een zekere afstand tot de figuur van het contractuele beding te bewaren. In Duitsland, waar het criterium luidt of de zaak ‘sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet’ (§ 434 BGB), bestaat die afstand eveneens, en met meer nadruk. De literatuur beoordeelt deze passage van § 434 verschillend. Sommige schrijvers lezen het ‘nach dem Vertrag vorausgesetzt’ aldus dat het bewuste gebruik in de contractsinhoud moet zijn opgenomen, terwijl anderen slechts een aan het contract voorafgaand feitelijk akkoord verlangen, in die zin dat ‘eine dem Rechtsgeschäft vorgelagerte tatsächliche Übereinstimmung der Parteien bzgl. des Verwendungszweckes ausreicht’.⁴² Reinicke en Tiedtke hekelen de laatste visie:⁴³

‘Man darf nicht den Fehler machen, zwischen einer >>vereinbarten<< und einer >>vorausgesetzten<< Verwendung zu unterscheiden. Maßgeblich ist allein, dass die Verwendung nach dem >>Vertrag vorausgesetzt<< sein muss. Das ist aber nur der Fall, wenn die Verwendungsbestimmung Inhalt des Vertrages geworden ist.’

Ook ik zie – evenals Klik⁴⁴ – geen zinnige tussenweg tussen ‘in de contractsinhoud opgenomen’ en ‘buiten de contractsinhoud gebleven’, en zou bij een positieve reactie van de verkoper willen aannemen dat de koopovereenkomst bij wege van impliciet beding in (de geschiktheid voor) het betrokken bijzonde-

41 Dit ligt zozeer voor de hand, dat de commentaren er zelden expliciet aandacht aan besteden.

42 Citaat van Reinicke/Tiedtke 2004, nr. 321.

43 Reinicke/Tiedtke 2004, nr. 323.

44 Klik 2008, nr. 157.

re gebruik is gaan voorzien. Iets anders is, dat men *binnen* de categorie der contractuele bedingen allerlei gradaties kan onderscheiden, en dat het hier dan om een 'lichte' (aanvaardings)verklaring gaat, die wel de geschiktheid voor het bijzondere gebruik tot contractsinhoud promoveert en zodoende bij ongeschiktheid een tekortkoming oplevert, maar die niet de –zwaardere – status heeft van een contractuele *garantie* (met de veelal pittiger consequenties van dien).⁴⁵

8.5 Verkoper reageert niet

In de laatste situatie, waarin de verkoper tot contracteren overgaat zonder op de mededeling van de koper in te gaan, zou ik als regel willen aannemen dat partijen impliciet in hun overeenkomst opnemen dat de zaak ook voor die bijzondere gebruikswijze geschikt dient te zijn. Het zwijgen van de verkoper immers is geen neutraal zwijgen, maar is een *gekleurd* zwijgen, doordat hij na kennisneming van de bijzondere wens van de koper onverfrozen tot het sluiten van de koop overgaat. Geconfronteerd met de melding van de koper dat die een bepaald bijzonder gebruik op het oog heeft, kan van de verkoper worden gevergd dat hij deze mogelijkheid *tegenspreekt* wanneer hij te dien aanzien geen contractuele aansprakelijkheid wenst te dragen.⁴⁶ Dat is ook wat de koper van de verkoper mag verlangen en verwachten en wat zodoende, bij ontstentenis van tegenspraak, via art. 3:35 BW (vertrouwensbeginsel) tot contractsinhoud zal worden.

Dit principe lijdt uitzondering als in de gegeven omstandigheden voor de verkoper onvoldoende grond bestond om op de melding in te gaan (en de koper dat moest beseffen), bijvoorbeeld omdat de verkoper op dit punt niet over méér kennis of deskundigheid beschikte dan de koper,⁴⁷ of omdat hij diens opmerking niet serieus behoefde te nemen. Het voor een beroep op art. 3:35 noodzakelijke gerechtvaardigde vertrouwen is dan bij de koper niet aanwezig. Als een klant vertelt dat hij met de (gewone) schoenen in het hooggebergte wil gaan wandelen en de verkoper daar niet op ingaat, zal deze bijzonderheid m.i. buiten de contractsinhoud blijven, zodat de verkoper geen tekortkoming pleegt door schoeisel mee te geven dat voor alpiene inzet ongeschikt is.

45 Nader Asser/Hijma 2007, nr. 338-339 en 438, met vermelding van verdere bronnen.

46 Onderhandelende partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen; zie reeds HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*). Zie voor de 'tegenspreekplicht' in dezen tevens Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 21: 'Will der Verkäufer die (...) Einstandspflicht vermeiden, so muss er widersprechen'.

47 Zie hierna, par. 10.2.

9 DE VOLGORDE

In de Nederlandse wet en het Weense Koopverdrag gaat het normale gebruik aan het bijzondere gebruik vooraf, terwijl in de Europese richtlijn, het Duitse BGB en de Sales Principles de volgorde andersom is. Het gaat hier niet om een toevalligheid, maar om een echo van het verschil tussen casusdenken enerzijds en systeemdenken anderzijds.

Redeneert men vanuit de casuïstiek, zoals in het Anglo-Amerikaanse recht geschiedt, dan ligt het voor de hand eerst de standaardgevallen te bespreken (normaal gebruik) en daarna pas de atypische gevallen ter hand te nemen (bijzonder gebruik). Redeneert men daarentegen vanuit het juridische systeem, dan liggen de kaarten anders. De voor bijzonder gebruik geldende eis dat de overeenkomst daarin moet voorzien, komt erop neer dat de betrokken geschiktheid in de contractsinhoud moet zijn opgenomen.⁴⁸ Dat impliceert dat het bij bijzonder gebruik per saldo 'gewoon' om een in de overeenkomst geregeld punt gaat, terwijl de regel inzake normaal gebruik de status van contractsaanvullende wetgeving heeft. Bij deze benadering is het meer logisch om eerst – in het kader van (de vaststelling van) het overeengekomene – eventuele bijzondere gebruikswijzen te behandelen, en pas daarna aandacht te schenken aan de 'buiten de overeenkomst blijvende' regel inzake normaal gebruik.⁴⁹

De Sales Principles van 2008 volgen de tekst van het Weense Koopverdrag vrijwel woordelijk, maar slaan juist met betrekking tot de volgorde een andere weg in. Anglo-Amerikaanse casuïstiek wordt aldus verdrongen door continentaal systeemdenken. Ook in de Nederlandse wetgeving zou de andere volgorde m.i. de voorkeur verdienen.

10 VERTROUWENSCORRECTIES

10.1 Normaal gebruik

Wat het normale gebruik betreft, constateert de Nederlandse wet dat de koper 'mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen' (art. 7:17 lid 2, tweede zin). De slottournure creëert een veld met gevallen waarin ondanks de *ongeschiktheid* voor normaal gebruik niet gezegd kan worden dat de zaak bij de overeenkomst achterblijft. Bestond voor de koper grond tot gerede twijfel, dan had hij zijn belangen moeten veiligstellen door onderzoek te doen; wanneer hij zulks heeft nagelaten, kan hij niet via een beroep op nonconformiteit de gevolgen op de verkoper afwentelen. Deze oplossing vloeit rechtstreeks voort uit het standpunt van onze wetgever

⁴⁸ Zie par. 8.4.

⁴⁹ In deze zin ook Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 12.

dat beslissend is wat de koper *mocht* verwachten (art. 7:17 lid 2, eerste zin).⁵⁰ Hoewel de wet het als een positief vereiste formuleert ('en waarvan hij'), gaat het, aangezien gekochte zaken in principe normaal bruikbaar moet zijn, veeleer om een uitzondering. De argumenteerlast rust dus op de verkoper: het is aan hem om duidelijk te maken welke *atypische* gegevens in dit geval tot een afwijkende slotsom nopen.

Het Weense Koopverdrag, de Sales Principles e.a. kennen de besproken correctie niet. Dat betekent niet dat onder die regimes steeds nonconformiteit bestaat als de koper beter had moeten weten. Gewezen zij op het conformiteitsbreed bijschavende derde lid van art. 35 CISG, dat in veel andere stelsels navolging heeft gekregen.⁵¹

Art. 35 (3) CISG

The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

Zware gevallen, waarin de koper het gebrek kende of daar niet ontwetend van kon zijn geweest, worden aldus uitgezeefd. Die zeef is grofmaziger dan de Nederlandse. Hoe groot het verschil in de praktijk is, hangt (mede) af van de uitleg van het 'could not have been unaware' in de geciteerde bepaling. Te dien aanzien wordt algemeen aangenomen dat dit zinsdeel de koper niet met een onderzoeksplicht belast,⁵² maar slechts 'gleichsam ins Auge springende Vertragswidrigkeiten' ter zijde schuift. Zelfs grove nalatigheid bij de koper ontlast de verkoper niet.⁵³ In zoverre zijn het Weense Koopverdrag en de Sales Principles vriendelijker voor de koper dan het Nederlandse BW.

10.2 Bijzonder gebruik

Ten aanzien van bijzonder gebruik vermeldt art. 7:17 BW geen vertrouwenscorrectie. Elders treft men die juist wel aan: het Weense Koopverdrag en de Sales Principles ronden de bepaling inzake het bijzondere gebruik af met de limiterende zinsnede 'except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement'. Dienvolgens blijft een door de koper aangemeld bijzonder gebruik buiten de contractsinhoud, wanneer de koper te dien aanzien niet op het inschattingsvermogen van de verkoper mocht bouwen.

⁵⁰ Zie par. 4.

⁵¹ Art. 2 lid 3 richtlijn 99/44/EG; art. 7:17 lid 5 BW; art. 2:207 PEL S.

⁵² Evenzo MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 18.

⁵³ Aldus Schlechtriem/Schwenzer, t.a.p., nr. 34.

Hoe wordt dit probleemtype naar het Nederlandse recht opgelost? Als de verkoper zich positief uitlaat over de door de koper gewenste gebruiksmogelijkheid, is sprake van een *mededeling* (inlichting) van de verkoper, die naar het schema van art. 7:17 lid 2 nonconformiteit zal opleveren als de zaak voor dat gebruik niet geschikt blijkt. De Hoge Raad volgt als vaste koers dat als de verkoper een inlichting heeft verschaft, hij de koper niet zal kunnen tegenwerpen dat deze ten onrechte op die inlichting is afgegaan.⁵⁴ Bedoelde regel is echter niet zonder uitzonderingen. In de literatuur worden als uitzonderingscategorie genoemd situaties waarin de verkoper kennelijk minder goed op de hoogte is dan de koper zelf.⁵⁵ Vanaf dit punt is de afstand tot de in het Koopverdrag en de Principles vervatte uitzonderingstournure niet groot meer.

Voor het andere mogelijke situatietype, dat waarin de verkoper (ten onrechte) niet ingaat op de door de koper gewenste bijzondere gebruikswijze, geldt iets soortgelijks. De toestemming van de verkoper in de overeenkomst kan dan worden beschouwd als een impliciete akkoordverklaring met het betrokken bijzondere gebruik.⁵⁶ Leest men daar tegelijk een impliciete inlichting zijnerzijds in – ook al gaat dat wat ver –, dan geldt hetgeen zojuist inzake het afgaan op andermans inlichtingen werd opgemerkt. Legt men de nadruk op het stilzwijgen, dan verschuift de casus naar het terrein van de (schending van een) spreekplicht. In dat kader volgt een subtiele afweging, waarbij de deskundigheid van partijen een belangrijke rol speelt; van een ondeskundige verkoper wordt minder snel spreken verlangd dan van een deskundige.⁵⁷

Al met al wordt het in het Weense Koopverdrag en de Sales Principles vervatte correctief per saldo vrij dicht genaderd. Ten onzent stoelt de gedachtegang echter niet op een corrigerende ingreep, maar vloeit zij voort uit de algemene norm dat de zaak de eigenschappen moet bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

11 CONTRACTUELE HANTERING

Tot dusverre bezagen wij ‘normaal gebruik’ en ‘bijzonder gebruik’ in hun hoedanigheid van wettelijke begrippen. Uiteraard is het ook mogelijk dat partijen in hun overeenkomst zelf deze termen hanteren; zij krijgen daardoor de status van *contractuele* begrippen, waarvan de inhoud zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de principes die de uitleg van overeenkomsten

54 Ontwikkeld in dwalingskader (zie o.a. genoemd arrest Baris/Riezenkamp), maar de lijn kan en mag naar de nonconformiteitsproblematiek worden doorgetrokken; nader Asser/Hijma 2007, nr. 340 jo. nr. 242.

55 Asser/Hijma 2007, nr. 242 in fine.

56 Zie par. 8.5.

57 Zie o.a. losbladige editie Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer, art. 228 (Hijma), aant. 86, met vermelding van bronnen.

in het algemeen beheersen. Richtinggevend is het aloude Haviltex-arrest, waarin de Hoge Raad overweegt dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan hun afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁵⁸

Interessant op het punt van 'normaal gebruik' is HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17 (De Rooij/Van Olphen). Het arrest betreft de koop van een onroerende zaak (woonhuis met erf, tuin en garage), waarbij partijen zich van de NVM-standaardakte bedienden.⁵⁹ Art. 5.3 van het koopcontract gaf, verkort weergegeven, aan: (i) dat de zaak de eigenschappen moest bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn; (ii) dat koper voornemens was de zaak te gebruiken als bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen; en (iii) dat verkoper niet instond voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn. In de periode tussen koop en levering werd het gebied waarin het perceel lag tot beschermd dorpsgezicht verklaard,⁶⁰ zodat koper geen sloopvergunning zou verkrijgen. Koper meent dat zulks nonconformiteit oplevert, aangezien verkoper er blijkens art. 5.3 van de akte voor instaat dat de zaak als bouwperceel kan worden gebruikt. Hij krijgt in drie instanties ongelijk. De Hoge Raad:

'Indien partijen bij de schriftelijke vastlegging van hun overeenkomst gebruikmaken van een standaardakte waarin een beding voorkomt dat, zoals art. 5.3 van de standaard NVM-koopakte, als voorgedrukte verklaring van de verkoper bevat dat de verkochte zaak de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn, zal uitgangspunt voor de uitleg van dit beding dienen te zijn dat 'normaal gebruik' betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan ten aanzien van de grond alsmede van de ten tijde van de verkoop zich daarop bevindende bebouwing. Daaronder valt in beginsel niet de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond.'

In hoeverre is hiermee – impliciet – ook iets gezegd over 'normaal gebruik' in de zin der wet? De Hoge Raad spitst zijn beschouwing toe op de uitleg van (een beding in) een overeenkomst, maar versmalt haar daarenboven tot de uitleg van (een voorgedrukt beding in) een standaardakte. Die contractsvorm is minder casuïstisch dan een individueel opgesteld contract en benadert aldus de abstractie van een wettelijke regeling enigszins. Toch mogen overeenkomst en wet zeker niet lichtvaardig over één kam worden geschoren. In het onder-

58 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (*Haviltex*). Zie tevens HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), en het hierna te bespreken HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17 (*De Rooij/Van Olphen*), rov. 3.6.

59 Over dit arrest C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2007, p. 158-168; Klik 2008, nr. 239-250.

60 Art. 35 e.v. Monumentenwet.

havige geval bijvoorbeeld bestond reeds in zoverre een relevant verschil met zuiver door art. 7:17 BW beheerste situaties, dat de verkoper krachtens expliciet beding *uitsluitend* voor normaal gebruik instond,⁶¹ zodat de route van bijzonder gebruik was afgesloten en het gewicht eenzijdig kwam te rusten op de vraag of sloop met nieuwbouw als 'normaal gebruik' kon worden gekwalificeerd.

Het vorenstaande neemt niet weg, dat 's Raads vaststelling dat sloop met nieuwbouw naar *gangbaar spraakgebruik* in beginsel niet onder 'normaal gebruik' valt, ook buiten het kader van contractuele regelingen betekenis heeft. Dat gangbare spraakgebruik is ook bij de toepassing van de wettelijke regeling als zodanig van belang. De bovenbesproken maatkoper⁶² immers zal gemeenlijk zich niet alleen van dat gangbare spraakgebruik bedienen, maar tevens zijn verwachtingen dienovereenkomstig inrichten.

12 BESLUIT

Het is (ruim) tijd het betoog af te ronden. De onderzochte rechtsstelsels besteden alle aandacht aan 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik', en volgen daarbij dezelfde lijn: voor normaal gebruik moet de zaak geschikt zijn, voor bijzonder gebruik behoeft zij slechts geschikt te zijn indien zulks in de overeenkomst is verwerkt. In dit licht bezien gaat de problematiek van bijzonder gebruik rechtssystematisch vooraf aan die van normaal gebruik.

In de uitwerking treden allerlei kleinere verschillen op. Voor een deel hangen die samen met de vraag welke rol aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper is toebedeeld: is dit het overheersende criterium, waarin de gehele materie is ingebed (Nederland, Duitsland), of is het een kracht op de achtergrond, die incidenteel naar voren treedt (Weens Koopverdrag)? Voordeel van het eerste model is dat dat structureel oriëntatie en sturing biedt, ook op punten die de wetgever onbesproken heeft gelaten.

En de maatman? Hij houdt zich op binnen de poorten van het normale gebruik, en fungeert – nadat is vastgesteld om welk type zaak het gaat – als informant inzake de vraag welke gebruikswijzen voor de betrokken zaak als *normaal* kunnen worden aangemerkt. Als instrument staat aan hem zijn gezonde inschattingsvermogen ten dienste. Het recht acht de inschattingen van deze 'goede gemiddelde koper' dermate cruciaal, dat het deze volgt en sanctioneert. Wanneer de maatman meent dat de zaak op een bepaalde manier *kan* worden gebruikt, dan verbindt het recht daaraan de normatieve consequentie dat die zaak – dus – ook op die manier *moet* kunnen worden gebruikt. Zo speelt de maatman in dezen een misschien niet erg opvallende, maar alleszins nuttige rol.

61 Hierboven, casusweergave sub (iii).

62 Zie par. 7.

10 | De maatman in het huurrecht

G.M. Kerpestein[■]

1 INLEIDING

De maatman in het huurrecht is direct gekoppeld aan het thans geldende normatieve 'goed huurderschap' als opvolger van het aloude 'goed huisvaderschap'. Deze centrale norm is één van de vele vage gedragsnormen in het Burgerlijk Wetboek en is vastgelegd in art. 7:213:

De huurder is verplicht zich ten aanzien van het gebruik van de gehuurde zaak als een goed huurder te gedragen.

Deze norm vormt in titel 7.4 de personificatie van al datgene waaraan het gedrag van een handelend huurder kan worden getoetst in gevallen waarin een concrete normering van zijn gedrag in specifieke bepalingen in wet of contract ontbreekt danwel ontoereikend is.

Meijers meende dat de verplichting van een goed huurder inhoudt de verplichting zich als huurder zo te gedragen gelijk aan een behoorlijk mens zich als huurder gedraagt.¹ Deze cryptische omschrijving biedt echter geen houvast om in concreto te oordelen wanneer al of niet sprake is van een goed huurder. En dat is niet verwonderlijk omdat al hetgeen van een goed huurder mag worden verwacht afhangt van zowel de tijdgeest als de feitelijke omstandigheden.

De tijdgeest is van belang omdat de normen ten aanzien van een moraal en ethiek, zoals wij onderstaand zullen zien, evolueren. Huurgedrag dat enkele tientallen jaren geleden als onbehoorlijk werd beschouwd kan thans als normaal worden beschouwd en omgekeerd.² De huidige opmerkelijk versterkte positie van de verhuurder bij renovatieprojecten teneinde zich van een tegenstribbelende de huurder te verlossen, is van het laatste een goed voorbeeld, zij het dat een specifieke wettelijke voorziening hier een aanvullende norm overbodig maakt.

■ G.M. Kerpestein is advocaat te Amsterdam en daarnaast als docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, 's-Gravenhage: Sdu 1972, p. 926.

2 C.L.J.M. de Waal, *Goed huurderschap, art. 7:213 BW*, in: Afdeling 3 de verplichtingen van de huurder, *Burgerlijk Wetboek Boek 7*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 4 bij art. 7:213 BW.

In deze beschouwing wordt eerst ingegaan op de evolutie van goed huurderschap als aanvullende norm. Daarbij vormt de opiniërende literatuur en de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad de rode draad. Uit het één en ander wordt duidelijk dat de maatman in het huurrecht zich gestaag heeft ontdaan van subjectieve elementen en zich heeft ontwikkeld tot de personificatie van een objectieve norm waarbij de belangen van omwonenden en de verhuurder steeds pregnanter in beeld komen. Vervolgens volgt een inventarisatie van enkele concrete verwezenlijkingen van de norm in titel 7.4; niet alleen in het commune maar ook in het huurrecht bedrijfsruimte, omdat juist daarin de verhuurder een specifiek – commercieel – belang heeft bij de handhaving van de maatman. In verband met het laatste wordt tevens de vraag beantwoord of het spiegelbeeld van art. 7:213 bestaat: ‘goed verhuurderschap’.

2 WETSHISTORIE

2.1 De wortels van de maatman

Met de opkomst van de stedelijke bedrijvigheid aan het einde van de Middeleeuwen ontstond behoefte aan obligatoire regelgeving op het gebied van huisvesting. Deze behoefte bestond zowel in de particuliere sfeer als in de commerciële sector; een onderscheid daartussen werd toen nog niet gemaakt. Op lokaal niveau ontstond hiertoe weinig ontwikkelde regelgeving; de verhuurder bepaalde de huurprijs en de verhogingen daarvan en maakte tevens uit wanneer hij het welletjes vond en stelde dan eenzijdig de ontruimingsdatum vast. Goed huurderschap was slechts een subjectieve norm waarvan de invulling ad hoc door de verhuurder werd bepaald naar gelang de stand van zijn pet. Indien een huurder weigerde te ontruimen was daar geen civielrechtelijk kruid tegen gewassen, laat staan dat iets als goed verhuurderschap hem daarin beperkte.

Verschuillende plaatselijke regelingen sorteerden geen effect ter bescherming tegen uitwassen; het waren de economische krachten die partijposities bepaalden. Zo kon het gebeuren dat de weigering van een huurder op eerste verzoek te ontruimen strafbaar werd gesteld. Op grond van de Ordonnantie van de Staten van Holland van 26 september 1685 kon een weigerachtige huurder zelfs de doodstraf krijgen (naar we mogen aannemen: voltrokken in plaats van ontruiming).

De in de Middeleeuwen gerecipieerde Romeinsrechtelijke basis maakte na de Franse Revolutie (1789) plaats voor de gedachte ‘vrijheid, gelijkheid en broederschap’ welk ideeëngoed ten grondslag lag aan de Code Napoleon (1804). Deze gelijkheidsgedachte betekende ook huurbescherming en daarin zien wij de eerste stap naar de ontwikkeling van datgene dat thans als goed huurderschap wordt aangemerkt. Het was echter even zoeken naar een juiste balans. In deze Code bepaalde art. 1768 namelijk dat de verhuurder de huur

in het geheel niet kon opzeggen, ook al had hij het object zelf dringend nodig. Huurbeëindiging kon in die tijd slechts met wederzijds goedvinden plaatsvinden. De achtergrond daarvan was dat er toen geen woningnood heerste en de verhuurder eenvoudig elders een woning kon vinden. Bovendien was in die tijd de samenleving gedeels agrarisch. Het pachten van grond, vee en de bijbehorende boerderij kon slechts plaatsvinden indien boeren van voortdurend gebruik verzekerd waren.

In het oude BW uit 1838 speelde de norm 'goed huisvader' in dat kader een grote rol. Art 7A:1596 bevatte de verplichting het gehuurde als een goed huisvader en overeenkomstig de bestemming te gebruiken. Deze bepaling was een kopie van het wat barokke art. 1728 van de al aangehaalde Code Civil:³

'Le preneur est tenu d'user à tous égards de la chose louée en bon père de famille, sans qu'il lui soit permis d'en mésumer ou de la négliger.'

Deze bepaling is – in gesnoeiende vorm – uiteindelijk terecht gekomen in art. 7A:1596 lid 1 waarbij 'goed huurderschap' als nieuwe centrale term het aloude 'goed huisvaderschap' verving. Het 'misbruiken' en het 'verwaarlozen' is weggelaten en het 'gebruik volgens de gegeven bestemming' is toegevoegd, met als resultaat dat de huurder tot twee 'hoofdverplichtingen' werd gehouden: het gehuurde als een goed huurder te gebruiken, en overeenkomstig de bestemming welke daaraan bij de huurovereenkomst gegeven is, of volgens die welke, bij gebreke van overeenkomst daaromtrent, naar gelang der omstandigheden voorondersteld wordt (lid 1) en om den huurprijs op de bepaalde termijnen te voldoen (lid 2).

2.2 De ontwikkeling van de maatman in de literatuur

De Parlementaire Geschiedenis van het oude BW zwijgt over de ratio van dit artikel, met als gevolg dat de invulling en toepassing aan de rechter wordt overgelaten. De zwijgzaamheid van de wetgever wekt enige verbazing, omdat de verplichting die hier op de schouders van de huurder wordt gelegd veel stof heeft doen opwaaien. Het laatste hield verband met de basale vraag óf hierin wel een verplichting des huurders is vastgelegd. Land en Star Busmann hebben opgemerkt dat het recht van de huurder om van het gehuurde daadwerkelijk gebruik te maken moeilijk als een afdwingbare verplichting kan worden gezien.⁴ Waar ligt immers de grens? Hoe lang mag de studiereis naar

3 *Kamerstukken II*, 1820/1821, p. 71. De vertaling luidt: 'De huurder is verplicht om, in alle opzichten, het goed te gebruiken als een goed huisvader, zonder hetzelve te mogen misbruiken of verwaarlozen.'

4 N.K.F. Land & C.W. Star Busmann, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1915, p. 170.

Toscane duren onder achterlating van de ongebruikte woning? Hoe lang mag een rijwiel aan den ketting staan? Lijnrecht hier tegenover stond de mening van de – kennelijk niet uithuizige – Diephuis: de huurder is altijd verplicht tot gebruik.⁵ Opzoomer heeft het concept van de andere kant benaderd: hij ging niet uit van de gebruiksplicht maar van de beperking van het recht van de huurder de zaak te gebruiken. De huurder moet naar zijn visie de zaak gebruiken als goed huisvader en hij moet de zaak gebruiken naar haar bestemming.⁶

In het algemeen werd eind 19^e eeuw uiteindelijk in de opinie als hoofdregel aanvaard dat de huurder in zijn algemeenheid niet tot gebruik verplicht is, zij het dat deze slechts geldt voor de verhuur van roerende zaken, zoals de aangehaalde fiets. Voor de specifieke huur en verhuur van onroerende zaken bleef gebruik verplicht.⁷ Dit uitgangspunt bleef lange tijd gehandhaafd. De bestendigheid van de kern van deze leer blijkt uit het een eeuw later gewezen arrest *Eigen Woningen/Rudge*.⁸ Daaruit blijkt vooral dat de ratio van de gebruiksplicht van een woonruimtehuurder is dat deze persoonlijk zal moeten kunnen toezien op het gebruik en het behoud van het gehuurde (met name het laatste). De verplichting van de huurder het gehuurde volgens de (contractuele) bestemming te gebruiken is nevensgeschikt aan zijn verplichting het gehuurde als goed huisvader te gebruiken. De norm is hier dus primair op de persoon gericht, niet op het object. Veelal zal het niet gebruiken conform bestemming echter ook meteen slecht huurderschap opleveren. Of de huurder de zaak bestemmingsconform gebruikt, moet worden beoordeeld aan de hand van huurovereenkomst, dus wat partijen daaromtrent precies zijn overeengekomen.

Wat de wetgever precies heeft bedoeld met de term ‘goed huisvader’ blijft echter onduidelijk. Wat hieronder moet worden verstaan is zelfs, in wat krachtiger bewoordingen van Fikkers-Van der Spek, ‘duister’ te noemen.⁹ Uit de vroege jurisprudentie¹⁰ over goed huurderschap komt het beeld naar voren dat maatschappelijk onbetamelijk gedrag van een huurder niet wordt geduld. Maar er bestaat een tendens naar objectivering, waarbij de gerechtvaardigde belangen van de verhuurder nadrukkelijk in beeld komen. Zo meent Fikkers-Van der Spek dat niet zozeer het feit dat een bepaalde gedraging strafbaar is slecht huurderschap oplevert. Het slecht huurderschap is veeleer gelegen in gedragingen die aanleiding kunnen geven tot het sluiten van het gehuurde,

5 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, Groningen: Wolters 1889, p. 74.

6 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek*, 's-Gravenhage: Belinfante 1892, p. 317.

7 R.A. Dozy & Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 99.

8 HR 22 juni 1984, NJ 1984, 766 (*Eigen Woningen/Rudge*).

9 M.E.L. Fikkers-van der Spek, ‘De relativiteit van een goed huisvader’, *BWKJ* nr. 4, Leiden 1988, p. 82-93.

10 HR 8 januari 1954, NJ 1954, 263 en HR 12 maart 1971, NJ 1971, 228. Het betrof hier het gelegenheid geven tot ontucht en het beramen en bedrijven van strafbare feiten.

hetgeen naar haar mening strijdig is met goed huurderschap omdat dit schadeveroorzakend voor de verhuurder is. Leegstand van een pand lijdt immers vaak tot waardedaling. Ook schendingen van de gangbare seksuele- en huwelijkse moraal leveren volgens Fikkers-Van der Spek alleen dan een schending van goed huurderschap op indien de verhuurder hierdoor schade lijdt (aantasting van zijn goede naam).

Dit duidt op een ruimhartige invulling van de objectivering. Aldus lijkt het aspect van (mogelijke) schade (van welke aard dan ook) voor de verhuurder van essentieel belang bij de beantwoording van de vraag of een gedraging van een huurder al of niet in strijd is met goed huurderschap. Deze schade hoeft bovendien niet daadwerkelijk gerealiseerd te zijn: de enkele dreiging van schade voor de verhuurder is voldoende. Onder schade in de zin van artikel 7A:1596 (en dus ook 7:213) valt niet alleen vermogensschade.¹¹ In het verlengde van deze verruiming in de objectivering wijs ik nog op slecht huurderschap in verband met het door de huurder gelegenheid geven tot het beramen en bedrijven van strafbare feiten.¹² In het zojuist aangehaalde arrest van de Hoge Raad uit 1971 blijkt dat dergelijk handelen in het gehuurde strijdig wordt geacht met art. 7A:1596 lid 1. Ook de opslag van wapens in het gehuurde levert slecht huurderschap op.¹³ De precieze aard van het misdrijf speelt hierbij wel een rol. Een huurder die zijn belastingformulier onjuist invult zal zich hierdoor niet in strijd met het goed huurderschap gedragen.¹⁴ Hieruit volgt dat een strafbaar feit in huurrechtelijk verband alleen strijdig is met goed huurderschap indien een zodanig verband bestaat tussen het strafbare handelen en de huurovereenkomst dat dit nadeel of risico voor de verhuurder met zich brengt. Dit – objectieve – nadeel kan reeds ontstaan door het enkele feit dat de strafbare gedraging overheidshandelen oproept waar de verhuurder schade van ondervindt.

2.3 De ontwikkeling van de maatman naar aanleiding van Hoge Raad-jurisprudentie

Het slecht huurderschap van de jaren '80 en '90 stond vooral in het teken van burenoverlast, hetgeen een verdere verruiming van de objectiveringstendens opleverde.¹⁵ Voor een goed begrip van deze ontwikkeling moet worden teruggerepen naar het *Riton I*-arrest uit 1960.¹⁶ Dit arrest is typerend voor de

11 Zie bijv. Rb. Groningen 17 december 1968, NJ 1969, 378.

12 P. Abas, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel IIA. Huur*, Deventer: Kluwer 2007, p. 47.

13 Ktg. Amsterdam 28 januari 1993, KG 1993, 127.

14 C.L.J.M. de Waal, Aantekening 21 bij artikel 7:213 BW, *Groene Serie Privaatrecht*, Kluwer (losbl.) 2003.

15 Dozy & Jacobs 1999, p. 105.

16 HR 24 juni 1960, NJ 1960, 495 (*Riton I*).

tijdgeest van de jaren '50, waarin overlast hoogst uitzonderlijk was en er op dit punt (nog) geen behoefte bestond aan aanvullende normering. Centraal in het arrest stond de vraag of overlast van een huurder aan omwonenden als een tekortkoming jegens de verhuurder kon worden aangemerkt. De Hoge Raad overwoog dat een overlast veroorzakende huurder alleen dan handelde in strijd met zijn verplichting jegens verhuurder indien de huurovereenkomst een zogenaamd anti-overlastbeding bevatte. De verplichting jegens de verhuurder het gehuurde als goed huisvader te bewonen bracht dus anno 1960 niet de verplichting met zich omwonenden niet te hinderen. Goed huisvaderschap als norm was toen uitsluitend in het contract gelegen en niet van aanvullende waarde. De verplichting uit art. 7A:1586 onder 3e van de verhuurder de huurder het rustig genot van het gehuurde te waarborgen strekt zich ingevolge art. 7A:1592 dus niet uit tot belemmeringen die hen in hun genot, door derden door feitelijkheden worden toegebracht. Langemeijer had kennelijk een vooruitziende blik. Hij gaf te kennen dat hij over deze opvatting enige twijfel koestert en zegt dan ook in zijn conclusie voor het *Riton I*-arrest:

‘De moderne woningbouw schept vermoedelijk in het algemeen meer mogelijkheid tot overlast tussen burens dan die van vóór enkele decennia. Daarbij brengt de bestaande woningnood mede, dat voor de huurder, die overlast ondervindt, huuropzegging niet licht een rationele oplossing zal betekenen. Verder leidt dan de versterking van de gedachte van verantwoordelijkheid voor het welzijn van anderen ertoe, dat men eerder dan vroeger op de gedachte zal komen, dat de verhuurder tot op zeker hoogte de taak heeft voor de belangen van de huurders, ook in hun onderlinge verhouding, te waken.’

Kamphuisen betreurt het, in zijn kritiek op het *Riton I*-arrest, dat Langemeijer tot de vaststelling komt dat het huidige recht in gevallen als deze geen remedie bevat,¹⁷ terwijl hij wél erkent dat de steeds intensievere bebouwing van steden ertoe leidt dat bewoners enerzijds meer van elkaar moeten verdragen, maar anderzijds leidt tot de verplichting overlast tegen te gaan. Kamphuisen is dan ook van mening dat het ‘goed huisvaderschap’ in artikel 7A:1596 dient te worden gelezen als een absolute verplichting tegenover iedereen. Ter rechtvaardiging van deze verruiming van het objectiverende element van de norm benadrukt hij dat op grond van die bepaling de verhuurder het recht heeft op te treden tegen de gedragingen van zijn huurder, welke in strijd zijn met het gebruik van het gehuurde als ‘goed huisvader’, ook wanneer dit slechts hinder toebrengt aan omwonenden.

Asser zou dit standpunt later (anno 1990) onderschrijven.¹⁸ Zowel Kamphuisen als Fikkers-Van der Spek komen uiteindelijk tot de conclusie dat het

17 P.W. Kamphuisen, ‘De huurder als goed huisvader’, *NJB* 1960/42, p. 910.

18 Zie de conclusie van A-G Asser bij het arrest van HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 295 (*Sloots/Lazaroski*).

als onjuist moet worden beschouwd alleen dan van strijd met goed huisvaderschap te spreken indien de verhuurder directe schade in zijn vermogen lijdt door de gedragingen van de huurder.¹⁹ Volgens Kamphuisen kan aan de consequenties van de uitspraak door de Hoge Raad in de *Riton I*-zaak worden ontkomen door in huurovereenkomsten specifieke bepalingen op te nemen waarin burenoverlast verboden wordt met als gevolg dat bij een beroep op wanprestatie door de verhuurder niet (ook nog) getoetst hoeft te worden aan goed huisvader-/huurderschap en de verhuurder dus evenmin behoeft aan te tonen dat hij schade lijdt.²⁰

Fikkers-Van der Spek voelt echter weinig voor deze oplossing van Kamp-huisen en meent dat de verhuurder met succes een ontbindingsvordering wegens wanprestatie kan instellen door de schade die de verhuurder lijdt met betrekking tot het slecht huisvaderschap ruim te interpreteren, teneinde dit eenvoudiger te kunnen aannemen, waardoor sneller een beroep op strijd met gebruik als goed huurder wordt geaccepteerd zonder daartoe te hoeven te verwijzen naar een overlastbeding in de huurovereenkomst.

Het is met inachtneming van het bovenstaande debat niet verwonderlijk dat de Hoge Raad in 1992 om is gegaan. In het arrest *Van Gent/Wijnands*²¹ waarvan de casus overigens een Leidse was, heeft hij de *Riton*-leer verlaten en geoordeeld dat overlast aan omwonenden, ongeacht of dezen van dezelfde verhuurder huren, ook zonder een anti-overlastclausule een tekortkoming jegens de verhuurder kan opleveren. De Hoge Raad verliet daarmee de *Riton I*-leer, onder de overweging dat bewoners thans over het algemeen sterker dan vroeger voor de kwaliteit van hun woongenot afhankelijk zijn van het gedrag van omwonenden. Na 33 jaar heeft de Hoge Raad dus uiteindelijk voor een ruime uitleg van artikel 7A:1596 sub 1 gekozen. Wat overigens opvalt aan deze uitspraak is dat de Hoge Raad niet alleen spreekt over overlast jegens mede-huurders als omwonenden, doch ook jegens andere omwonenden. De reikwijdte van art. 7A:1596 lid 1 en daarmee de daaraan ten grondslag liggende norm kreeg daarmee een extra dimensie. Thans heeft de verhuurder in alle gevallen een schier onbepaalde zorgplicht voor een rustige woonomgeving als spiegelbeeld van het geëvolueerde (ruimhartig geïnterpreteerde) goed huurderschap.

2.4 De maatman in het nieuwe huurrecht

Werpt de per 1 augustus 2003 in werking getreden huurwetgeving nieuw licht op de ratio van de verruimde objectieve norm, zoals deze in een nieuw jasje is teruggekeerd in art. 7:213? Een nadere oriëntatie is op zijn plaats, ook in verband met de inbedding van Boek 7 in de gelaagde structuur van het BW.

19 Fikkers-Van der Spek 1988, p. 93.

20 Kamphuisen 1960, p. 913.

21 HR 12 oktober 1992, NJ 1993, 167 (*Van Gent/Wijnands*).

De Memorie van Toelichting bij de invoering van Titel 7.4 leert ons op dit punt het navolgende:²²

‘Omtrent het gebruiken van de zaak – en dus ook omtrent de zorg daarvoor – wordt de algemene verplichting vooropgesteld zich ‘als een goed huurder’ te gedragen. Deze wending sluit aan bij terminologie van art. 6:27 (‘een zorgvuldig schuldenaar’), 7:401 (‘de zorg van een goed opdrachtnemer’), 7:602 (‘de zorg van een goed bewaarder’), 7:611 (‘als een goed werknemer en goed werkgever’) en 25 Pachtwet (‘als een goed pachter’).

Deze wending drukt enigszins verkort uit dat de huurder zich heeft te gedragen zoals een behoorlijke mens zich als huurder gedraagt. Tevens houdt deze wending er rekening mee dat wat hier van de huurder wordt geëist, afhangt van de omstandigheden. Zo zal een woning een andere zorg eisen dan een fabriekshal of een gehuurde fiets. Zoals een schuldeiser niet gehouden is van zijn rechten gebruik te maken, is ook de huurder dit niet. Maar een verplichting daartoe kan uit het onderhavige artikel voortvloeien, in het bijzonder wanneer de waarde van de zaak bij niet gebruik achteruit gaat. Men denke aan huur van een winkel die aldus goodwill verliest of aan huur van een paard dat dient te worden bereden, wil het in goede conditie blijven.’

Ook bestaan in de Memorie van Antwoord aanknopingspunten voor de invulling van goed huurderschap. Slechts ten aanzien van artikel 7:215, waarin de zelfwerkzaamheid van de huurder is vastgelegd,²³ wordt wel uitdrukkelijk gerefereerd aan goed huurderschap:²⁴

‘Daaruit [artikel 7:213 BW] vloeit voort dat de verhuurder zich op artikel 7:213 zal kunnen beroepen, indien de voorgenomen verandering of toevoeging overlast voor derden veroorzaakt, in strijd is met wettelijke voorschriften of op een andere grond in strijd komt met hoe een goed huurder zich bij de uitoefening van zijn in artikel 7:215 neergelegde bevoegdheden behoort te gedragen.’

En iets verderop:

‘Het spreekt vanzelf dat een huurder die gas- en/of elektriciteitsleidingen aanlegt die niet aan de daaraan te stellen eisen voldoen, zich niet als een goed huurder gedraagt. Doorgaans zal dit meebrengen dat een erkend installateur zal moeten worden ingeschakeld.’

Zodoende kan worden geconstateerd dat de recente wetsgeschiedenis slechts enkele summiere aanknopingspunten biedt bij de invulling van goed huurderschap als open norm. Niettemin wordt de eerder gesignaleerde trend naar een objectivering van de norm goed huurderschap voortgezet en verder

22 *Kamerstukken II 1997/98*, 26 089 nr. 3, p. 23.

23 In de volksmond wordt dit het ‘klusrecht’ genoemd.

24 *Kamerstukken I 2001/02*, 26 064, nr. 325b, p. 11.

verfijnd. Hetgeen hieruit kan worden gedestilleerd laat zich als volgt samenvatten:

- a. Aansluiting is gezocht bij andere rechtsgebieden binnen het BW waarbij soortgelijke open normen zijn opgenomen.
- b. De wetgever gaat ervan uit dat de huurder vanuit de eisen van goed huurderschap in beginsel niet verplicht is van het gehuurde gebruik te maken. Slechts indien de waarde van het gehuurde door niet-gebruik achteruit gaat, kan dat anders zijn. Dit lijkt een ondergrens te zijn.
- c. Het veroorzaken van overlast jegens derden laat zich niet rijmen met goed huurderschap.
- d. Het aanleggen van gas- en elektriciteitsleidingen dient deskundig te gebeuren. Dit ligt weliswaar voor de hand, maar hieruit zou tevens de norm kunnen worden afgeleid dat een goed huurder niet het veilig gebruik van het gehuurde in gevaar mag brengen.

3 DE REALISATIE VAN GOED HUURDERSCHAP IN HET HUURRECHT BEDRIJFSRUIMTE

3.1 De gebruiksplicht van de bedrijfsmatige huurder

De invulling van goed huurderschap is, zo hebben wij kunnen vaststellen, onder de vigeur van het nieuwe huurrecht nader geobjectiveerd doch niet uitgekristalliseerd. Het laatste is gezien de wetgeschiedenis, het verloop van het debat en de snel veranderende tijdgeest ook niet te verwachten. Wel kunnen er een aantal vaste kenmerken worden bespeurd.

Met name de gebruiksplicht is, gezien de evolutie van goed huurderschap naar een objectieve norm, geschikt om nader uit te diepen, ook in verband met de bijzondere rol daarvan in het huurrecht bedrijfsruimte, waarbij de verhuurder specifieke commerciële belangen heeft (de waarde van het pand met huurder stijgt) die bij het huurrecht woonruimte (de waarde van het pand stijgt zonder huurder) geen rol spelen. Als spiegelbeeld van de wettelijke verplichting (art. 7:203) van de verhuurder om het object ter beschikking te stellen bestaat de (veelal contractueel vormgegeven) verplichting van de huurder het object conform bestemming te gebruiken krachtens het commune art. 7:213.²⁵ Van belang hierbij is dat blijkens de Parlementaire Geschiedenis²⁶ bij de specifieke huur en verhuur van bedrijfsruimte uitdrukkelijk niet sprake is van een (wettelijke) gebruiksplicht. De huurder dient (en dat is dan ook

25 Uit Vrz. Zwolle-Lelystad 26 juli 2006, WR 2007, 16 (*Foruminvest/Master Investments*) blijkt dat deze Voorzieningenrechter wél een wettelijke gebruiksplicht aan zijn vonnis ten grondslag legt. Dat is onjuist.

26 *Kamerstukken II 1997/98*, 26 089, nr. 3.

de onderliggende norm) slechts ervoor te zorgen dat de waarde van het object niet achteruitgaat.

Van waardevermindering kan sprake zijn indien het object niet wordt gebruikt, zodat in dat geval van de goede bedrijfsmatige huurder kan worden verwacht het object wél te gebruiken, omdat juist de aanwezigheid van zijn onderneming bepalend is voor de waarde van het object. In het huurrecht woonruimte is dit niet het geval omdat een verhuurder in de meeste gevallen juist gebaat is bij huurbeëindiging, vanwege het waardeverhogend effect op het pand, dat niet met huur belast een hogere verkoopwaarde heeft. Voortbordurend op de specifieke situatie bij huur en verhuur van bedrijfsmatig onroerend goed komt art. 7:214 op bijzondere wijze in het vizier:

‘De huurder is slechts bevoegd tot het gebruik van de zaak dat is overeengekomen, en, zo daaromtrent niets is overeengekomen, tot het gebruik waartoe de zaak naar zijn aard is bestemd.’

Deze bepaling verplicht de huurder het gehuurde te gebruiken conform bestemming. Als niets is overeengekomen moet de gehuurde bedrijfsruimte worden gebruikt waartoe de zaak naar zijn aard bestemd is. Daarbij dient te worden aangehaakt bij de inhoud van de huuraanbieding, het feitelijk gebruik, de mogelijke doeleinden waartoe de zaak kan worden gebruikt en de entiteit van de huurder.²⁷ Een gebruiksplicht op zichzelf beschouwd dient dus separaat in de huurovereenkomst te worden opgenomen. Het ontbreken ervan kan tot problemen leiden indien in de hoofdhuurovereenkomst wél een gebruiksverplichting is opgenomen en in de onderhuurovereenkomst niet.²⁸

Met name in het huurrecht detailhandelbedrijfsruimte zorgt gevarieerde rechtspraak voor de invulling van hetgeen wij van goed huurderschap en de maatman in het bijzonder mogen verwachten. De gelijkenis van deze situatie met het eerder gesignaleerde oogmerk van de wetgever vanuit het oogpunt van art; 7A:1596, is overigens treffend te noemen. Kenmerkend bij de rechtspraak is dat de rechter bij huur en verhuur van bedrijfsmatig onroerend goed zich doorgaans van een strikte uitleg van de bestemmings- en gebruiksbepaling in de huurovereenkomst bedient.²⁹ Primair ligt daarbij het accent het commerciële belang van de verhuurder. Uitzonderingen zijn schaars te noemen.

Zo werd een vordering tot het voortzetten van de exploitatie van een supermarkt, ondanks de verliesgevendheid ervan, in kort geding toegewe-

27 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 728 m.nt. PAS (*Van der Heide/Alog*). Voor een recentere toepassing: Hof Leeuwarden 25 januari 2006, LJN AV 0511 (*Stichting Orvelte*).

28 Hof Leeuwarden 14 juli 2004, NJ 2006, 182 (*Laurus/Schuitema*), bekrachtigd in HR 23 december 2005, WR 2006, 26; JHV 2006, 108 (*Schuitema/Laurus*).

29 Ktr. Haarlem 1 juli 2005, LJN AT9205/THBR 2005/4, p. 132-136 (*MB Cosmetics*) en Ktr. Amsterdam 26 april 2004, WR 2004, 75 (*AWV/SunN*); Ktr. Amsterdam 28 februari 2007, LJN BA1100 (*De Key*).

zen.³⁰ Op dezelfde voet oordeelde de Voorzieningenrechter Zutphen in een (exemplarische) kwestie van een Basismarkt-supermarkt die door de huurder plotseling werd gesloten.³¹ Laurus sloot als huurder in 2002 alle Basismarkten, zo ook de onderhavige in Doetinchem. Probleem was alleen dat de huurovereenkomst op dat moment nog ruim zes jaar liep en een gebruiks- c.q. exploitatieplicht bevatte. Verhuurder Riad sommeerde Laurus met succes tot het weer in gebruik nemen van het pand en verwees daarvoor naar haar alternatieve supermarktformules (Edah, Konmar, Super de Boer e.d.).³²

In een soortgelijk geval werd Action, als een door Ahold voorgestelde onderhuurder, nadat zij zelf naar een groter winkelpand was vertrokken, geweigerd en werd Ahold tot ontruiming veroordeeld wegens schending van de contractuele gebruiksbestemming.³³

Ook bij tegenvallende omzetcijfers in een nieuw winkelcentrum in Raalte legde de kantonrechter de verantwoordelijkheid volledig bij de hurende ondernemer, onder de toevoeging dat deze van het aangaan van de huur had kunnen afzien indien zij dit risico niet had willen of kunnen dragen.³⁴ Ook indien een DA-drogisterij uit de franchiseorganisatie stapt, laat dit de huurcontractuele gebruiksverplichting jegens de verhuurder conform het DA-assortiment onverlet.³⁵

Op de hierboven behandelde zaken bestaan evenwel, zoals al aangegeven, uitzonderingen. Zo bleek dat een exploitatie gedurende zes verliesgevend jaren die niet volledig aan de huurder kon worden verweten doch mede (gedeeltelijk) aan de verhuurder werd toegeschreven, mocht worden gestaakt.³⁶ In dezelfde sleutel (namelijk die van de overmacht) stond het oordeel van het Amsterdamse Hof in de zaak waarin de New York Pizza-vestiging in het winkelcentrum De Kolk wegens tegenvallende omzetcijfers (veroorzaakt door een slechte ligging en beperkte zichtbaarheid voor het publiek) niet tot hervatting van de onrendabele exploitatie gehouden werd.³⁷

In dezelfde sleutel staat de kwestie van de winkel met een hoog maatschappelijk aanzien die afglijdt naar een winkel met een laag maatschappelijk aanzien,³⁸ hetgeen niet acceptabel is: de exploitatie moet ook in het algemeen belang floreren en doelmatig zijn. Bij dit element van goed huurderschap

30 Vrz. Utrecht 6 februari 2003, KG 2003, 83 (*Pantarhei/Ahold Vastgoed*).

31 Vrz. Zutphen 7 april 2004, WR 2004, 76 (*Riad/Laurus*), besproken in THBR 2004/4, p. 117-119.

32 Voor een nadere beschouwing over dergelijke afwegingen in verband met de gebruiksplicht zie: I.E. Wong, 'De exploitatieverplichting van de huurder van bedrijfsruimte', THBR 2005/3, p. 81-85.

33 Vrz. Haarlem 24 augustus 2006, LJN AY6677 (*Ahold/Winkelcentrum Koog aan de Zaan*).

34 Ktr. Deventer 29 april 2004, besproken in THBR 2004/4, p. 119-122 (*Witteveen Mode/NSI*).

35 Hof Den Bosch 20 juni 2006, LJN AY3884 (*DA Arendshof*).

36 Vrz. Rb. Groningen 21 maart 2000, KG 2002, 109 (*Altera/Laurus*).

37 Hof Amsterdam, 7 april 2005, WR 2006, 43; JHV 2006, 140 (*New York Pizza/Dolomieten Vastgoed*).

38 Pres. Rb. Zutphen 5 november 1996, WR 1997, 37 (*Stichting Bedrijfspensioenfonds bouwrijverheid/VDB*).

spelen ook buitencontractuele aspecten een rol, zoals het opsluiten van de verhuurder in een vriescel³⁹ en de gelijksoortige bedrijfsvoering elders (van minder allooi).⁴⁰

Niettegenstaande de hierboven weergegeven gevarieerde rechtspraak, waarbij de risicoverdeling van een tegenvallende exploitatie de leidraad is voor de identificatie van de norm die de maatman in zich bergt, is in zijn algemeenheid cruciaal de contractuele gebruiksplicht en de formulering daarvan,⁴¹ die ingeval van onduidelijkheid⁴² moet worden uitgelegd volgens de Haviltex-formule.⁴³

In zijn algemeenheid heeft de verhuurder van commercieel onroerend goed, zoals gezegd, financieel belang bij bestemmingsconform gebruik. Verhuurbaarheid betekent voor de verhuurder, in het licht van de hierboven aangehaalde Parlementaire Geschiedenis, verkoopbaarheid. In een winkelcentrum komt daar nog bij dat, op de voet van de leer die wij kennen uit het eerder hierboven behandelde arrest *Van Gent/Wijnands*, de verhuurder ook jegens de andere huurders gehouden is bestemmingsconform gebruik strikt te doen naleven. De verhuurder dient aldus beducht te zijn voor bevel- en schadevergoedingsacties en dergelijke van de andere huurders, vooral indien een zogenaamde ‘trekker’ het erbij laat zitten, met als gevolg het uit evenwicht geraken van de branche-mix (en het niveau daarvan) in een winkelcentrum.

Slechts in de hierboven aangeduide kwesties van de met verlies draaiende supermarkten kan dat anders zijn, indien de verhuurder ook zelf mede debet is aan een dergelijke situatie. Zo lijken in de lagere rechtspraak alle belangen nauwkeurig te worden afgewogen, in tegenstelling tot wat de strikte leer van de Hoge Raad in de jaren '70 kon billijken.⁴⁴

3.2 Het verbod op het veranderen van de gedaante en inrichting van het gehuurde

Een andere norm die ‘goed huurderschap’ met zich brengt is het verbod het gehuurde ingrijpend te wijzigen. Art. 7:215 strekt, wat het huurrecht bedrijfsruimte betreft, tot vervanging van het soortgelijke oude art. 7A:1633 en heeft in het huidige huurrecht als algemene bepaling dus een ruimere strekking

39 HR 25 juni 1999, NJ 2000, 33 m.nt. PAS; Prg. 1999, 5368 (*Vriescel*).

40 HR 3 november 1989, NJ 1990, 161 m.nt. PAS (*De Vries/Safe Sun*) en Vrz. Den Haag 28 januari 2002, KG 2002, 51 (*Sunset/Ralmprom*).

41 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 728 m.nt. PAS (*Van der Heide/Alog*).

42 Vrz. Haarlem 16 augustus 2005, THBR 2005/5, p. 172-176 (*Bouwfonds/Vomar*); HR 1 april 2005, NJ 2006, 5; THBR 2005/3, p. 89-91; JOL 2005, 194 (*Zeegers/Nieuwenkamp's Handelmaatschappij*); Ktr. Haarlem 26 oktober 2005, Prg. 2005, 205 (*Laurus/Basismarkt*).

43 Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*). Voor een toepassing zie: Hof Den Haag 10 november 2006, JIN 2007, 126 (*Petit Restaurant/de Grevelingen*).

44 HR 21 juni 1973, NJ 1974, 408 (*Holleman/Huisman*).

dan vroeger: de voorziening van het nieuwe art. 7:215 geldt voor woonruimte, detailhandelbedrijfsruimte en de categorie overige bedrijfsruimte.

Uitgangspunt van art. 7:215 lid 1 is dat de huurder alleen veranderingen mag realiseren die aan het einde van de huur weer eenvoudig zijn te verwijderen. In de praktijk spreekt men, zoals hierboven reeds werd aangeduid, van het 'klusrecht' van de huurder. Volgens de Parlementaire Geschiedenis moet men hierbij denken aan het aanbrengen van wandspiegels met schroeven waarvan de gaten naderhand moeten worden dichtgestopt,⁴⁵ het aanbrengen van een afzuigkap, douche of zelfs een CV.⁴⁶ Voor verdergaande veranderingen is (voorafgaande⁴⁷) schriftelijke toestemming van de verhuurder nodig, zoals bijvoorbeeld voor het aanbrengen van een ontsierende schotelantenne⁴⁸ en verbouwingen van constructieve aard,⁴⁹ bij gebreke waarvan de verhuurder ongedaanmaking kan vorderen.

Opmerkelijk is dat de wetgever er kennelijk niet aan heeft gedacht welke consequenties deze van origine commune, doch duidelijk op de leest van het huurrecht woonruimte geschoeide zelfklusregeling kan hebben bij detailhandelbedrijfsruimte, in welke categorie geheel anders wordt gedacht over verhuurbare vierkante meters dan bij woonruimte. Ik noem een eenvoudig voorbeeld. Een exploitant van een spijkerbroekenramsj huurt krachtens huurovereenkomst de begane grond en de kelder van een pand aan een drukke winkelstraat in Amsterdam met als bestemming voor het geheel: winkelruimte. Omdat de kelder onder water staat is de huurprijs slechts op het aantal m²'s van de begane grond gebaseerd. Niettemin heeft de verhuurder gestipuleerd dat ook de kelder tot het gehuurde behoort teneinde de verantwoordelijkheid daarvoor zo veel mogelijk bij de huurder te leggen. In de vloer van de begane grond is een groot luik aanwezig dat door zijn gewicht op zijn plaats blijft. Na aanvang van de huur haalt de huurder het luik weg en bewaart dit, zodat hij het bij oplevering eenvoudig kan terugplaatsen. Hij pompt vervolgens de kelder leeg, laat deze drogen en richt deze in als (extra) winkelruimte. De facto verdubbelt de huurder daarmee het verkoopoppervlak, onder halvering van de huurprijs per m². Hij bezweert de verhuurder die hem hierop aanspreekt dat hij bij oplevering de kelder weer zal volpompen en het luik zal terugplaatsen. Deze gang van zaken was uiteraard niet de bedoeling van de verhuurder

45 *Kamerstukken II 1997/98*, 26 089, nr. 3, p. 24 sub 2 en *Kamerstukken II 1999/00*, 26 089, nr. 6, p. 20.

46 *Kamerstukken II 2000/01*, 26 089, nr. 19, p. 23.

47 HR 10 maart 1995, NJ 1995, 433 (*Beeres/Beeres*).

48 Ktr. Amsterdam 13 augustus 2004, WR 2005, 6 (*PWV Wonen/Lahri*); Vrz. Almelo 8 juni 2005, WR 2005, 104 (*Sprakel/De Goede Woning*); Ktr. Amsterdam 19 juli 2005, WR 2005, 101 (*Martinoova/BPF*); Ktr. Den Haag 16 augustus 2005, WR 2005, 103 (*Vidomes/Van der Hop*); Ktr. Dordrecht 24 maart 2005, WR 2006, 42 (*Westwaard Wonen/Stout*). Krachtens Ktr. Amsterdam 18 maart 2003, WR 2003, 47 (*De Rooy/Het Oosten*) zijn door de verhuurder op het dak geplaatste zendmasten met door de huurders gevreesd stralingsgevaar overigens geen gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.

49 Vrz. Rb. Arnhem 10 mei 2005, WR 2006, 8: *JHV 2006*, 49 (*Bart's Retail*).

maar wel een consequentie van de toepasselijkheid van art. 7:215 in het huurrecht bedrijfsruimte.

De vraag rijst of de maatman hier over de grens gaat. Ik meen van niet. Hij maakt eenvoudigweg gebruik van een wettelijke faciliteit, die door onoplettendheid van de wetgever ook voor het huurrecht van bedrijfsruimte is gaan gelden. Dat de verhuurder hiervan de nadelige gevolgen ondervindt kan hem niet baten. Hij had als stipulerende partij beter kunnen en behoren op te letten. Zodoende dient bij de situering van de bovengrens van al datgene wat in het licht van 'goed huurderschap' als aanvaardbaar dient te worden beschouwd niet de wet uit het oog te worden gelaten, vooral indien op een bepaald punt niets huurcontractueel is geregeld.⁵⁰ En soms biedt de wet elders redding. Weigert de verhuurder in de hierboven geschetste casus namelijk toestemming te geven en dreigt een conflict, dan kan de huurder zekerheidshalve een rechterlijke machtiging vorderen waaraan de rechter bovendien een voorwaarde of een last kan verbinden. Hij kan zelfs de huurprijs verhogen indien de verhuurder hiertoe een tegenvordering indient (art. 7:215 lid 3 en 5). Ook het wettelijk systeem als zodanig kan dus te hulp schieten bij de invulling van de norm goed huurderschap, en het gedrag van de maatman vormgeven.

3.3 De gedoogplicht van dringende werkzaamheden

Art. 7:220 lid 1 biedt voor de verhuurder ruime mogelijkheden de huurder te dwingen dringende (onderhouds)werkzaamheden te gedogen. Hieronder vallen ten eerste (preventieve) onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan een object die niet zonder nadeel (extra kosten of schade) kunnen worden uitgesteld. Voorts vallen hieronder de werkzaamheden aan naburige percelen en werkzaamheden strekkende ter voorkoming van schade, zonder de aanwezigheid van een gebrek. Het bereik is dus ruim te noemen.

Daarnaast bestaat een specifieke afgeleide gedoogplicht van de huurder indien de verhuurder op grond van art. 5:56 BW werkzaamheden moet toestaan ten behoeve van een naburig 'erf'. In het laatste geval is een behoorlijke kennisgeving van de gebruiker (de eigenaar van het naburige erf) aan de verhuurder verplicht en dient door de verhuurder geleden schade te worden vergoed. Gelijk als in de rechtspraak onder de vigeur van het oude huurrecht⁵¹ is uitgemaakt, is het uitgangspunt dat de huurder tot gedogen is gehouden, uiteraard indien de dringendheid is gegeven,⁵² en het weigeren daarvan naar

50 *Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 325b, p. 11.

51 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 779 (*Zuider/WBV Volksbelang*); HR 11 maart 1988, NJ 1988, 895 (*Bohte/Gem. Amsterdam*) en HR 22 april 1994, NJ 1994, 756 (*Wolters/Douwstra*).

52 Dit is niet altijd het geval, zoals de verhuurder die (eigenmachtig) een extra deur in de gemeenschappelijke hal plaatste waardoor de hal ook toegankelijk werd voor andere gebruikers van het pand: Ktr. Amsterdam 8 juli 2005, WR 2006, 53 (*Bobbert/van Gelder*).

de aard van de gedaanteverandering, de betrokken belangen en de overige omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁵³

Hier komen wij in het drijfzand van de vage norm en moet goed huurderschap redding bieden. Naast het enkele gedogen dient de huurder in het nieuwe huurrecht zelfs gelegenheid te geven tot de voorbereiding en de uitvoering van de betreffende werkzaamheden. De weigering van het tweede strandt op een wettelijke voorziening. Goed huurderschap is hier als aanvullende norm overbodig. Bij het eerste komt goed huurderschap wél om de hoek kijken. Indien een huurder weigert een bouwtechnisch onderzoek naar de staat van de fundering toe te staan, loopt hij als slecht huurder het risico daartoe in kort geding te worden gedwongen, dit straffe van een dwangsom. Bij al te zeer halstarrig gedrag is ook een ontruimingsactie in kort geding denkbaar, gevolgd door een ontbindingsprocedure ten gronde.

3.4 Goed huurderschap bij opzegging

Goed huurderschap komt in afd. 7.4.6 BW, de wettelijke regeling voor detailhandelbedrijfsruimte, als aanvullende norm op één onderdeel naar boven en wel in het kader van huurbeëindiging na opzegging wegens het feit dat de bedrijfsvoering van de huurder niet is geweest zoals een goed huurder betaamt. De betreffende opzeggingsgrond is vastgelegd in art. 7:296 lid 1 sub a. In het oude huurrecht zweeg de wet over wat precies onder (in de volksmond) 'onbehoorlijke bedrijfsvoering' moet worden begrepen. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis lijkt hierbij met name gedacht te moeten worden aan het eerder behandelde belang van de verhuurder dat diens pand voortdurend en conform de contractuele bestemming door de bedrijfsmatige huurder in gebruik is, die, met passende zorg voor onderhoud en uiterlijk van het object, daarin op efficiënte wijze een florerend bedrijf behoort uit te oefenen.⁵⁴

Uit de wijze waarop in de rechtspraak nadere invulling is gegeven aan 'onbehoorlijke bedrijfsvoering' van de huurder als maatman, blijkt dat alle feiten en omstandigheden daarbij een rol kunnen spelen. Dat geldt niet alleen voor het belang dat een verhuurder heeft bij een behoorlijke bedrijfsvoering van een bepaalde huurder, in verband met de uitstraling van een winkelstraat of een winkelcentrum als geheel waarvan meerdere objecten in handen van dezelfde verhuurder zijn; denk bijvoorbeeld aan het geval waarin de bestemming zonder toestemming van de verhuurder wordt gewijzigd in die van een

53 Rb. Den Haag 8 februari 2002, *Prg.* 2002, 5840 (*Kneuterdijk/Your Arrow*) en Hof Amsterdam 23 maart 2000, *Prg.* 2002, 5883 (*Van Hulssen/Nieuw Amsterdam*).

54 Zie bijv. Ktr. Middelburg 29 oktober 1991, *Prg.* 1992, 3653 (*Servex/Coumans*) en Ktr. Den Haag 23 mei 2001, *Prg.* 2001, 5740 (*Gem. Rijswijk/Timmermans*).

seksboetiek.⁵⁵ Maar ook geldt dat voor de wijze van bedrijfsvoering in andere bij de huurder in gebruik zijnde bedrijfsruimten die onderling nauw met elkaar verweven zijn.⁵⁶ Daarnaast kan een rol spelen de omstandigheid dat de huurder zelf feitelijk niets kan worden verweten, omdat de bedrijfsvoering in handen is van een onderhuurder, hetgeen evenwel onverminderd leidt tot de vaststelling dat van onbehoorlijke bedrijfsvoering van de huurder sprake is.⁵⁷ Vervolgens is de omstandigheid van belang dat de verhuurder nadeel ondervindt bij de wijze van bedrijfsvoering van de huurder in de vorm van verminderde huurinkomsten bij een omzetafhankelijke huurprijs.⁵⁸ Bovendien valt het toelaten van soft-drugshandel volgens de Hoge Raad onder de term 'onbehoorlijke bedrijfsvoering'.⁵⁹ In meer algemene zin dient de verhuurder zijn materiële belang bij opzegging te onderstrepen door het door hem geleden en te lijden 'nadeel' bij de gewraakte bedrijfsvoering aan te tonen.⁶⁰ Immers: geen belang, geen actie.

Aldus blijkt dat 'onbehoorlijke bedrijfsvoering' en de daarin besloten norm 'goed huurderschap', objectief van aard is en bovendien een ruim bereik heeft. Het is hier overigens extra opletten geblazen voor de maatman want de afgrenzing naar een mogelijke ontbindingsprocedure komt hier in beeld. Zeker in verband met het pal hierboven gegeven laatste voorbeeld, omdat art. 7:231 lid 2 specifiek voorziet in de mogelijkheid van de verhuurder een ontbindingsprocedure aan te vangen ingeval van drugsoverlast.

Overigens blijft, ook in verband met het laatste, burenoverlast een rol spelen. In deze steeds verder verstedelijkte en multiculturele samenleving is dit aspect zelfs steeds sterker in opkomst. Niet alleen bij woonruimte (nachtelijk rumoer,⁶¹ te veel huisdieren,⁶² burenruzie,⁶³ bedreiging met klemrijden⁶⁴), maar ook bij bedrijfsruimte speelt dit fenomeen, zoals bij een luidruchtig café,⁶⁵ stankoverlast⁶⁶ of storend orgel- en klokgeluid.⁶⁷

55 HR 13 april 1972, NJ 1972, 271 (*RS' sexboetiek*).

56 HR 4 januari 1980, NJ 1980, 347 (*Van der Heisteeg/Post*).

57 HR 21 juni 1973, NJ 1974, 408 (*Holleman/Huisman*) en Rb. Arnhem 21 juli 1977, Prg. 1980, 1470 (*Maassen*).

58 HR 26 februari 1993, NJ 1993, 579 m.nt. PAS (*Elzinga/Miedema*).

59 HR 3 november 1989, NJ 1990, 161 m.nt. PAS (*De Vries/Safe Sun*).

60 Op dezelfde voet: Dozy & Jacobs 1999, p. 411. Anders: Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimten*, Deventer 2003, p. 98.

61 Vr. Rb. Maastricht 9 september 2003, NJF 2004, 109 (*Woonstichting Hoensbroek*) en Vr. Rb. Alkmaar 18 augustus 2005, LjN: AU1168 (*Woningstichting SVA*).

62 Ktr. Arnhem 3 maart 2003, WR 2003, 46 (*SV Arnhem/Hengeveld*); Hof Den Haag 26 maart 2004, Prg. 2004, 6236 (*Van Hemert/Bevo*).

63 Vr. Rb. Haarlem 24 juni 2002, Prg. 2003, 6051 (*Baitalie/ Goed Wonen Assendelft*); Vr. Rb. Amsterdam 16 oktober 2003, WR 2004, 63 (*WBA*).

64 Vr. Alkmaar 12 april 2007, LjN BA2718 (*Vestia Groep*).

65 Rb. Amsterdam 6 maart 2002, WR 2002, 46 (*Het Oosten/Paviljoen 3*).

66 Vr. Almelo 30 augustus 2004, Prg. 2004, 6292 (*Techno Comfort*), becommentarieerd in *THBR* 2004/6, p. 185-186 en door P. Abas uitgeroepen tot vonnis van het jaar 2004 naar aanleiding van de als grappig ervaren overwegingen van de kantonrechter.

Bewijs dienaangaande is echter moeilijk te leveren, bijvoorbeeld indien 10 blaffende honden opeens besluiten te zwijgen.⁶⁸ Doorgaans kan het bijhouden van dagboeken door omwonenden tot bewijs dienen.⁶⁹ Nieuw is ook 'abstracte overlast', zoals (aangetoond⁷⁰) stralingsgevaar als gevolg van een door de verhuurder geplaatste zendmast op het dak.⁷¹ Ook onbevoegdlijke onderverhuur kan, in combinatie met overlast, leiden tot ontbinding.⁷² Er zijn natuurlijk ook de bijzondere gevallen, zoals de verhuurder die door de huurder in een vriescel werd opgesloten.⁷³

Goed huurderschap kan, in het geval het opsluiten van de verhuurder niet uitdrukkelijk contractueel is uitgesloten (hetgeen helaas nog te vaak voorkomt), een zinvolle aanvullende functie bieden. In sommige gevallen kan een huurder binnen een complex de verhuurder in rechte dwingen een ander huurder van datzelfde complex als overlastveroorzaker te fêteren op een ontbindingsprocedure.⁷⁴ Zodoende zien we een steeds verdere oprekking van de grens die het eerder hierboven arrest *Van Gent/Wijnands* formuleerde. Goed huurderschap kan met name hier zeer wel toegevoegde waarde bieden.

4 GOED VERHUURDERSCHAP

De bovenstaande beschouwing over de gedaante van de huurder als maatman in titel 7.4 en afdeling 7.4.6 in het bijzonder betekent uiteraard niet dat wij de verhuurder als mogelijke maatman over het hoofd mogen zien. De vraag dringt zich namelijk hier op of naast de eerder aangehaalde commune verplichting van art. 7:203 (te weten: het ter beschikking stellen van het gehuurde aan de huurder) in een enkel geval méér van de verhuurder mag worden verwacht, zonder dat de wet of contact hierop is toegerust. Met andere woorden: is het realistisch te veronderstellen dat er iets als 'goed huurderschap' bestaat, waarin een aanvullende normering besloten ligt en waarbij buitenwettelijke

67 Rb. Dordrecht 10 november 2004, LJN AR5750 (*Gereformeerde Kerk Leerdam*).

68 Ktr. Amsterdam 12 oktober 2004, WR 2005, 88 (*Rochdale/Grootveld*).

69 Ktr. Utrecht 26 juni 2003, Prg. 2004, 6155 (*Stichting Portaal/Bocar*), later vernietigd in Hof Amsterdam 2 oktober 2003, Prg. 6156 (*Stichting Portaal/Bocar*); Ktr. Amsterdam 20 november 2003, WR 2004, 62 (*Het Oosten/Tokkie*). Zie tevens: Ktr. Dordrecht 12 juni 2006, LJN AX8720 (*Bevo*).

70 Bewijslevering is niet eenvoudig, zo blijkt uit Ktr. Maastricht 20 augustus 2003, WR 2003, 80 (*Ritchi/St. Servatius*) met KPN Mobile als gevoegde partij.

71 Zie Ktr. Amsterdam 18 maart 2003, WR 2003, 47 (*De Rooy/Het Oosten*).

72 Ktr. Arnhem 26 januari 1998, WR 1998, 68 (*SV Arnhem/Holwerda*).

73 HR 25 juni 1999, NJ 2000, 33 m.nt. PAS; Prg. 1999, 5366 (*Vriescel*).

74 De aanzet daartoe gaf HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 167 (*Van Gent/Wijnands*). Een aardig voorbeeld daarvan is Ktr. Amsterdam 16 maart 2004, WR 2005, 45 (*Grootveld*), met als resultaat Ktr. Amsterdam 12 oktober 2004 m.nt. Z.H. Duijnstee-van Imhoff WR 2005, 88 (*Rochdale/Grootveld*). Zie ook het geval van bedreiging met een vuurwapen: Hof Den Bosch 12 september 2006, LJN AZ9622 (*Stichting Wonen Limburg*).

en buitencontractuele gerechtvaardigde verwachtingen jegens de verhuurder bestaan?

Ik acht het niet uitgesloten en denk bijvoorbeeld aan de huurder van detailhandelbedrijfsruimte die concurrentie ondervindt van zijn verhuurder. Een dergelijke situatie kan zich voordoen indien de huurder van een bloemenstal in de hal van een grote supermarkt zich plotseling geconfronteerd ziet met het feit dat zijn verhuurder, tevens exploitant van de supermarkt, zich op zekere dag eveneens met de verkoop van bloemen gaat bezighouden. Praktisch zou zijn het laatste contractueel uit te sluiten. Probleem is echter dat vrije mededinging niet zomaar mag worden beperkt.⁷⁵ Is een afspraak waarbij de verhuurder zich verplicht geen concurrerende activiteiten ten opzichte van zijn huurder te ontplooiën, mededingingsbeperkend en dus verboden? Schiet de maatman ons hier te hulp?

Ten eerste komt het mededingingsrecht om de hoek kijken omdat vrije mededinging de norm is en beperkende afspraken in principe niet rechtsgeldig kunnen worden gemaakt. Indien beide huurcontractspartijen zich bezighouden met economische activiteiten, hetgeen in winkelcentra altijd het geval is, zijn deze gebonden aan de Mededingingswet die per 1 januari 1998 ter vervanging van de Wet economische mededinging in werking is getreden (en per 1 augustus 2004 is vernieuwd).⁷⁶ De Nederlandse Mededingingsautoriteit (de 'NMa') houdt op de handhaving ervan streng toezicht. Met name art. 6 Mw. is hier van belang:

Lid 1:

Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Lid 2:

De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten zijn van rechtswege nietig.

Of de uitzonderingen op deze hoofdregel ook in het hierboven geschetste geval van toepassing zouden kunnen zijn, laat ik hier buiten beschouwing.

⁷⁵ Nota van Toelichting op het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten d.d. 25 november 1997, *Stb.* 1997, 596, p. 3.

⁷⁶ Besluit van 6 juli 2004 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet modernisering EG-mededingingsrecht, *Stb.* 2004, 346 die strekte tot inwerkingtreding van de Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enig andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004). Zie voor een nadere beschouwing over deze recente en nog te verwachten wijzigingen: M. Barth, 'De wijzigingen van de Mededingingswet', *Advocatenblad* 2004/15, p. 640-643.

Voortbordurend op het eerder hierboven voorbeeld van de bloemenstal oordeelde de Hoge Raad in het *Schuitema*-arrest⁷⁷ over de kwestie waarin de verhuurder (A&P Supermarkten) met een huurder van een bloemenshop de afspraak had gemaakt dat het (groot)winkelbedrijf in beginsel niet zelf bloemen zou verkopen. De rechtsoptvolger van grootgrutter Schuitema wilde die afspraak met de huurder wijzigen, zodat zij die mogelijkheid wél kreeg. In kort geding en in hoger beroep werd de afspraak met de vorige verhuurder van de bloemenshop strijdig geacht met de aard en strekking van art. 6 Mw, omdat die afspraak – mede omdat er in de regio maar zeer weinig bloemisten waren – het grootwinkelbedrijf als potentieel concurrent van de huurder zou uitschakelen en dus mededingingsbeperkend was. De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het Hof naar aanleiding van het cassatiemiddel dat de mededingings-beperkende werking van de betreffende afspraak diende te worden aangemerkt als ‘geoorloofde nevenrestrictie’. De Hoge Raad overwoog dat dit door het Hof niet nauwgezet was getoetst en verwees naar een aangezend Hof voor verdere afdoening. Hij gaf het Hof daartoe mee dat de term ‘nevenrestrictie’ in het mededingingsrecht elke beweerde mededingingsbeperking omvat die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een niet-beperkende hoofdtransactie en die daaraan evenredig is, met dien verstande dat de hoofdtransactie zelf de mededinging niet mag beperken.

De Hoge Raad oordeelde in het *Schuitema*-arrest aldus dat het Hof had miskend dat de betreffende afspraak tot alleenverkoop van bloemen wel degelijk als slechts een nevenrestrictie zou kunnen gelden.⁷⁸

Ergo: een verhuurder behoort zich te onthouden van het beconcurreren van zijn huurder. Ik meen dat deze situatie de verhuurder nadrukkelijk als maatman positioneert. Goed verhuurderschap is daarmee een norm waarmee in het huurrecht bedrijfsruimte rekening moet worden gehouden.

5 SLOT

Goed huurderschap is afgeleid van het aloude ‘goede huisvader’ en heeft in de persoon van de maatman op meerdere onderdelen bestaansrecht in Titel 7.4

77 HR 17 december 2004, NJ 2005, 214 m. nt. PAS (*Schuitema/Dunnewind*); ook besproken in WR 2005, 15 en THBR 2005/3, p. 99-103. Aan het arrest ging een opmerkelijke conclusie van A-G Huydecoper vooraf, die zijn mening ophangt aan (slechts) het ‘Volksempfinden’, hetgeen op zichzelf beschouwd verfrissend kan zijn, ware het niet dat vervolgens een toereikende juridisch-theoretische beschouwing ter nadere invulling daarvan ontbreekt. Het *Schuitema*-arrest ligt overigens in het verlengde ligt van eerdere, soortgelijke uitspraken: Hof Arnhem 12 maart 1984, NJ 1985, 97 (*Monasso/Hunink*), Pres. Rb. Breda 4 december 1990, KG 1991, 41 (*Robbe/Meurs*) en Ktr. Amsterdam 27 januari en 1 december 1998, Prg. 1999, 5150 (*Modebeurs/World Fashion Center*).

78 Zie voor een kritische noot bij deze uitspraak: C.E. Moollenburgh, ‘Non-concurrentiebeding in huurovereenkomst onder het mededingingsrecht geoorloofde nevenrestrictie?’, *MvV* 2005, p. 35-27.

BW. Deze maatman is de laatste decennia geëvolueerd naar datgene wat de tijdgeest telkens van hem verlangde. Hij is ontkiemd in het huurrecht woonruimte en heeft met name in het huurrecht bedrijfsruimte op bijzondere wijze vorm gekregen.

Met zijn basis in het commune huurrecht heeft de ontwikkeling van de maatman zich eerst aarzelend (zo blijkt uit het *Riton I*-arrest uit 1960) en later expliciet (zie het arrest *Van Gent/Wijnands*) voltrokken, tegen de achtergrond van de steeds verder verstedelijkende samenleving. Het is niet gebleken dat het wettelijk huurrecht naar behoren is toegerust voor de daarmee samenhangende fricties. Goed huurderschap biedt daarom een welkome aanvulling.

In het huurrecht bedrijfsruimte komt daar een extra component bij, in de persoon van de verhuurder die een direct commercieel belang heeft bij voortdurend en bestemmingsconform gebruik. Het huurrecht bedrijfsruimte krijgt nog een extra dimensie door het bestaan van 'goed verhuurderschap'. De maatman, die ook hier blijkt te bestaan, is vreemd genoeg niet in het huurrecht ontstaan, maar in het mededingingsrecht. Van deze maatman kunnen wij verwachten dat hij zijn huurder geen concurrentie aandoet. Indien deze ontwikkeling zich verder voortzet kunnen wij nog veel verwachten van de maatman in het huurrecht.

11 | Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman?

P.J. Kreijger[■]

‘Het eh ... het tocht hier’, merkte hij op. ‘En overal lopen eh ... pronen! Het lijkt me een laagstaande levensvorm toe, als u begrijpt wat ik bedoel. Hun gepraat staat me tegen.’ ‘Kom kom,’ riep de oude krassend. ‘Het was moeilijk genoeg om ze praatvermogen te geven. Maar een eigen mening hebben ze niet. Ze hebben geen ruggengraat, snap je wel? En laagstaand?’ Hij bleef staan om op de muur te wijzen, en heer Ollie keek verbaasd naar een proon, die rechtstandig tegen de oude stenen opliep. ‘Zuigvoetjes’ legde de magister uit. ‘Daardoor kunnen ze zich gemakkelijk verhogen, hehehe!’ ‘Op de zoldering lijken ze erg hoogstaand, meneertje! Ja, ja, het valt me op hoe ze op je lijken.’

Marten Toonder, ‘De Pronen’ (1973), in: *Had ik maar beter geluisterd*, Amsterdam: De Bezige Bij, 1980.

1 | INLEIDING

De ‘redelijk handelende, redelijk bekwame’ beroepsgenoot bepaalt bij de huidige stand van het recht de maat waaraan doen en nalaten van de beroepsbeoefenaar wordt afgemeten. De maatman, hoofdpersoon van deze editie van het BW-Krant Jaarboek, staat daarmee centraal in het beroepsaansprakelijkheidsrecht, waar hij de functie van ‘functioneel vergelijkingstype’ vervult: een denkbeeldige persoon aan wiens eigenschappen en kunde het handelen van de aansprakelijk gestelde vakgenoot wordt afgemeten. Bij nadere beschouwing van deze denkbeeldige ‘redelijk handelende en redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar rijst echter de vraag of het hier wel een min of meer duidelijk afgebakende persoonlijkheid betreft. Wat is dan toch zijn functie en, vooral, zijn nut?

2 | ONTWIKKELING

De vraag welk criterium aangelegd zou moeten worden ter beoordeling van het handelen van beroepsbeoefenaren is reeds in 1940 aan de orde gesteld door

■ P.J. Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

Wolfsbergen in een uitvoerige bijdrage in het WPNR¹ (waarover hierna meer) alsmede diens monografie over de onrechtmatige daad.² In de (gepubliceerde) rechtspraak duurt het evenwel nog geruime tijd voordat de thans gehanteerde norm vaste voet aan de grond krijgt. Als voorbode wordt wel gezien het bekende arrest inzake de röntgenbehandeling uit 1950, waarin een röntgenoloog in drie instanties aansprakelijk werd gehouden voor een gevaarlijke en mislukte behandeling met desastreuze gevolgen, waarvan hij ‘als röntgenoloog moest weten’ dat deze gevaarlijk was.³ Interessant is een uitspraak van de Rechtbank Maastricht uit 1979,⁴ waarin de aansprakelijkheid van een gynaecoloog voor een mislukte sterilisatie aan de orde was. De rechtbank nam hier een ‘redelijk handelend’ gynaecoloog tot maatstaf, maar dan als onderdeel van een wellicht als ‘marginale toetsing’ te kenmerken benadering:

‘(...) dat aan gedaagde van zijn beslissing dienaangaande geen verwijt kan worden gemaakt, behoudens in het geval dat geen redelijk handelend gynaecoloog in de gegeven omstandigheden tot die beslissing had kunnen komen;’

De maatman duikt in de loop van de jaren zeventig en tachtig steeds vaker op. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in 1983:⁵

‘Voorop gesteld dient te worden dat van een advocaat zoals i.c. Y verlangt [sic] mag worden dat hij aan de door cliënten, zoals Koopman, aan hem toevertrouwde zaken zoveel zorg besteedt en deze zaken met zoveel bekwaamheid behandelt als in redelijkheid handelend vakgenoot dient te doen, zonder dat daarbij de belangen van die client aan onnodige risico’s worden blootgesteld.’

In zijn preadvies voor de NJV-vergadering van 1987 vat Arisz op grond van een analyse van de tot dan toe gepubliceerde rechtspraak (waarbij het leeuwendel van de uitspraken in de jaren ‘80 is gedaan) de doorgaans gehanteerde maatstaf samen als ‘de inspanning die van een met redelijke zorgvuldigheid handelende beroepsgenoot in de gegeven situatie zou mogen worden verwacht’, volgens Arisz een ‘vage en algemene norm’ die steeds per geval zal moeten worden ingevuld.⁶ In haar bespreking van het preadvies merkt Michiels van Kessenich – wier (voor het eerst in 1977 verschenen) monografie over beroepsaansprakelijkheid wel als ‘bron’ voor de huidige norm wordt

1 A. Wolfsbergen, ‘Aansprakelijkheid voor beroepsfouten’, WPNR 3654-3655 (1940).

2 A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers 1946.

3 HR 14 april 1950, NJ 1951, 17.

4 Rb. Maastricht 22 november 1979, NJ 1980, 655. Deze uitspraak is mede geweest door Mw. I. Michiels van Kessenich.

5 Te kennen uit: HR 12 april 1985, NJ 1986, 809. De HR verwierp het cassatieberoep.

6 F.H.A. Arisz, ‘Bestaat er reden de verhaalsaansprakelijkheid van beoefenaren van bepaalde vrije beroepen ter zake van schade door beroepsfouten te beperken bij, per beroep vast te stellen, algemene maatregelen van bestuur?’, *Preadvies NJV 1987*, p. 9.

gezien⁷ – op dit een te omslachtige omschrijving te achten, onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde overweging van het Hof Amsterdam.⁸

Uiteindelijk wordt deze maatstaf van de ‘redelijk handelende, redelijk bekwame beroepsbeoefenaar’ door de Hoge Raad overgenomen, en wel in het arrest *Speeckaert/Gradener* uit 1990.⁹ Het betrof ook hier een geval van medische aansprakelijkheid, waarin een orthopedisch chirurg wordt aangesproken. Onomwonden stelt de Hoge Raad:

‘In hetgeen het hof onder a-d en in de daarop volgende alinea heeft overwogen ligt besloten dat het hof tot maatstaf heeft genomen de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht. Deze maatstaf is juist.’

Kort daarop bevestigde de Hoge Raad de zorgvuldigheidsnorm nog eens (met betrekking tot een juridisch adviseur) expliciet, door de norm als het ware in te lezen in de overwegingen van het vonnis van de rechtbank waartegen het cassatieberoep was gericht:¹⁰

‘Vervolgens heeft de rechtbank onderzocht of het geven van dit advies wanprestatie oplevert. Daarbij heeft de rechtbank tot uitgangspunt genomen dat er alleen sprake is van wanprestatie als een redelijk handelend – waarmee de rechtbank bedoelt: een redelijk bekwaam en redelijk handelend – vakgenoot dit advies niet zou hebben gegeven. Dit uitgangspunt is juist en wordt dan ook door het middel niet bestreden.’

Nu doorgaans de verhouding tussen beroepsbeoefenaar en cliënt zal kwalificeren als overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW, is sinds het van kracht worden van de bepalingen inzake opdracht in Boek 7 op 1 september 1993, de ‘goed opdrachtnemer’ van art. 7:401 BW de relevante maatstaf. In antwoord op de vraag van de Eerste Kamer of hiermee werd beoogd afstand te nemen van de in *Speeckaert/Gradener* aanvaarde norm, antwoordde de regering dat dat niet de bedoeling was, maar deze norm veeleer als uitwerking gezien zou moeten worden van de meer algemene maatstaf van art. 7:401 BW.¹¹ De Hoge Raad nam in *Speeckaert/Gradener* overigens ook de gelegenheid te baat uit te maken dat deze norm geen marginale toetsing impliceert, zoals eerder wel was verdedigd en in het hiervoor aangehaalde vonnis van de Rechtbank Maastricht tot uitgangspunt werd genomen:

7 I. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten, In het bijzonder van advocaten, artsen en notarissen*, Serie Studiepockets Privaatrecht deel 11, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1976 (derde druk 1995). Vgl. de conclusie van A-G Mok voor HR 12 april 1985, NJ 1986, 809.

8 I. Michiels van Kessenich-Hoogendam, ‘Beroepsaansprakelijkheid’, *NJB* 1987, p. 722.

9 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

10 HR 26 april 1991, NJ 1991, 455.

11 MvA, *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b.

‘(...) voor zover het onderdeel aan het slot stelt dat het hof – marginaal – had moeten toetsen of Speeckaert in redelijkheid tot zijn diagnose en de uitvoering van de operatie, gelijk hij deed, had kunnen komen, gaat het uit van een te beperkte opvatting omtrent de taak van de rechter in een zaak als de onderhavige.’

3 AARD VAN DE NORM

De aldus in de rechtspraak ontwikkelde norm wordt wel aangeduid als ‘objectief vergelijkingstype’ of ‘functioneel vergelijkingstype’,¹² waarbij de rechter niet de concrete persoon wie onrechtmatig handelen wordt verweten tot uitgangspunt neemt (zijn kennis en kunde, zijn persoonlijke eigenschappen) maar een vergelijkingstype zoals ‘een goed huisvader’, ‘de gewone mens’ of de ‘redelijk handelende en redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar.

De vergelijkingstypen zijn *functioneel* omdat hun capaciteit varieert met de rol in het maatschappelijk verkeer die centraal staat. Maatgevend is aldus wat iemand *behoort* te kunnen, vermijden, doen, etc. Daarmee worden de eisen die aan de persoon worden gesteld geobjectiveerd: slechts het tekortschieten ten opzichte van het vergelijkingstype is bepalend voor de vraag of de betrokkene schuld heeft, een verwijt kan worden gemaakt, van het hem verweten onrechtmatig handelen. Sieburgh is van opvatting dat wanneer in de abstracte maatman niet de persoonlijke kenmerken van de dader zijn verwerkt, niet de verwijtbaarheid van de dader aan de orde is. In plaats daarvan komt dan de wens van het maatschappelijk verkeer tot uitdrukking dat in een dergelijk geval de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is. Het gaat dan om toerekening niet op grond van schuld (daarvan wordt geabstraheerd) maar krachtens verkeersopvattingen.¹³ Hartkamp meent dat de Hoge Raad nog wel vasthoudt aan het schuldvereiste, zij het dat deze met de onrechtmatigheid van de gedraging ook aanneemt dat de beroepsbeoefenaar verwijtbaar heeft gehandeld en toerekening naar verkeersopvattingen ook een verdedigbare grondslag is.¹⁴

4 TOEPASSING VAN DE NORM

Wat zijn nu de eisen die aan de ‘redelijk handelend redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar worden gesteld in de praktijk? In haar monografie werkt Michiels van Kessenich de norm uit. De onderdelen ‘redelijk handelend’ en ‘redelijk

12 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, nr. 909, 912-913, waarin met tal van voorbeelden wordt aangegeven dat dit ook in andere landen een gebruikelijke benadering is.

13 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Serie Recht en praktijk nr. 112, Deventer: Kluwer 2000, p. 166.

14 Asser-Hartkamp 4-III, 2004. nr. 92b. Zowel Hartkamp als Sieburgh verwijzen op dit punt naar HR 22 maart 1996, NJ 1996, 668 (*Kromjongh/Erven Van Dijk*).

bekwaam' duiden op twee momenten in de toetsing van gedrag aan deze norm: een subjectief moment, waarin de aandacht en zorg voor de cliënt wordt beoordeeld en een objectief moment, waarin de bekwaamheid, de kennis en kunde van de betrokkene worden getoetst. Beide aspecten dienen aan de hand van het gebleken gedrag van de concrete beroepsbeoefenaar die aansprakelijk is gesteld te worden beoordeeld. Het nut van dit onderscheid is hierin gelegen, aldus Michiels van Kessenich, dat daarmee tot uitdrukking kan worden gebracht dat steeds de vereiste zorg dient te worden geboden, ongeacht de omstandigheden, terwijl die omstandigheden juist wel relevant zijn voor de beoordeling van de bekwaamheid; bekwaamheid wordt namelijk beoordeeld aan die van een redelijk bekwaam vakgenoot *in gelijk liggende omstandigheden* (een toevoeging die overigens nog niet is terug te vinden in de door de Hoge Raad in 1990 gehanteerde formulering).

Met de aldus uitgewerkte norm als vertrekpunt formuleert Michiels van Kessenich een aantal regels, waaronder de verplichting voldoende én relevante informatie te vergaren en te geven, en de verplichting de cliënt te wijzen op de risico's bij het opvolgen van het advies.¹⁵ Met name deze uitwerking illustreert dat het om een open norm gaat die eerst reliëf krijgt aan de hand van de omstandigheden van het concreet voorliggende geval.

Ten aanzien van de, naar wij zagen identieke, norm van art. 7:401 BW stelt Kortmann¹⁶ onomwonden dat het hier een 'blanketnorm' betreft, waarvan de inhoud door tal van factoren kan worden bepaald; de opdrachtnemer moet handelen als een persoon met gezond inzicht en begrip voor de situatie; van professionele dienstverleners mag qua deskundigheid het beste niet worden verlangd, maar hoeft ook geen genoegen te worden genomen met een kwaliteit beneden de middelmaat.¹⁷ Voorts zijn de aan de deskundige toevertrouwde belangen en de aard van zijn functie van belang; de door een accountant te betrachten zorg wordt anders ingekleurd dan voor een assurantietussenpersoon bijvoorbeeld.¹⁸

Een ander belangrijk, maar zeker niet onprobleematisch aspect is de relatie met het tuchtrecht (de bijdrage van Van Es elders in deze bundel gaat hier dieper op in). Enerzijds is een tuchtrechtelijke veroordeling geen bewijs van civiele aansprakelijkheid,¹⁹ anderzijds moet de burgerlijke rechter een afwijking van het oordeel van de tuchtrechter wel nader motiveren.²⁰

15 Michiels van Kessenich 1995, par. 12-14.

16 Asser-De Leede-Kortmann V-II, nr. 60.

17 Op dit punt wordt verwezen naar art. 6:28 BW: 'Indien de verschuldigde zaak of zaken slechts zijn bepaald naar de soort en binnen de aangeduide soort verschil in kwaliteit bestaat, mag hetgeen de schuldenaar aflevert, niet beneden goede gemiddelde kwaliteit liggen.'

18 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Beroepsaansprakelijkheid', *Bb* 2004, p. 24 e.v.

19 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151.

20 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151.

Een tamelijk caleidoscopisch beeld, kortom. In de sinds 1991 in de *NJ* gepubliceerde uitspraken vinden we dan ook in de regel wel (maar niet steeds) een verwijzing naar de ‘redelijk handelend en redelijk bekwame’ vakgenoot, maar wordt deze algemene norm niet uitgewerkt, ofwel omdat in het desbetreffende geval buiten discussie staat dat niet aan deze norm is voldaan (evidente medische missers,²¹ gemiste beroepstermijnen e.d.²²), ofwel omdat de beoordeling zodanig verweven is met de feiten van het geval dat de beslissing van de zaak toch een kwestie van ‘ius in causa positum’ lijkt. Dit komt, overigens, ook tot uitdrukking in de terughoudende toetsing door de Hoge Raad van de toepassing door lagere rechters van de zorgvuldigheidnorm in concrete gevallen, juist gelet op de sterke verwevenheid met de feiten.²³

Daarmee dient zich de vraag aan naar de meerwaarde van een zorgvuldigheidnorm die de ‘redelijk handelend en redelijk bekwame’ vakgenoot tot uitgangspunt neemt. Deze vraag zou ik in twee vragen willen uitsplitsen. In de eerste plaats: hoe zou het leven er zonder deze maatman uitzien? In de tweede plaats: roept het criterium, en dan in het bijzonder het element ‘redelijk’, niet meer verwarring op dan het wegneemt?

4.1 Een leven zonder maatman

Voor de beantwoording van de eerste deelvraag kunnen we om te beginnen eens kijken naar de gepubliceerde rechtspraak van vóór *Speeckaert/Gradener*. Zo oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld in 1989 over een geval waarin een notaris werd verweten onvoldoende en onjuiste informatie te hebben verstrekt:²⁴

‘In haar algemeenheid kan niet worden onderschreven de in dit onderdeel verdedigde opvatting “dat in situaties als deze waarin een notaris van een cliënt opdracht krijgt tot het transporteren van onroerend goed en de notaris tevens toezegt de koop prijs aan een derde te betalen, indien en voor zover althans zijn cliënt met

21 HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644; dat een kunstfout was begaan, stond niet ter discussie.

22 HR 18 april 2008, *NJ* 2008, 245 refereert zelfs niet aan de norm maar stelt eenvoudig (en logisch) ‘(...) indien een advocaat een beroepsfout heeft gemaakt door te verzuimen namens zijn cliënt tijdig het juiste rechtsmiddel in te stellen (...)’, waarna de kwestie van schadebegroting in dergelijke gevallen aan de orde komt.

23 Zo bijvoorbeeld HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302, r.o. 3.4.4. Zijdelings komt dit aspect bijvoorbeeld ook aan de orde in Hof Amsterdam 24 augustus 2006, *JBPr* 2007, 66, waar bezwaar werd gemaakt tegen de formulering van vragen aan een deskundige omtrent de vraag in hoeverre een redelijk bekwaam en redelijk handelend gynaecoloog mocht handelen zoals in casu was gebeurd. Het hof verwierp het betoog dat de deskundige aldus om een juridisch oordeel werd gevraagd, omdat het vragen naar de gangbare inzichten in de beroepsgroep op dat moment weliswaar van belang was voor het juridisch oordeel, maar daar zeker niet mee samenviel.

24 HR 19 mei 1989, *NJ* 1990, 54.

de vorderingen van deze derden heeft ingestemd, de zorgvuldigheid die de notaris heeft in acht te nemen niet zover strekt dat hij deze derde zal moeten waarschuwen alvorens tot transport van het onroerend goed over te gaan, teneinde de derde in staat te stellen beslag te leggen of anderszins zijn rechten veilig te stellen." Wat op dit punt geldt zal immers moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid welke indruk door, namens of met medeweten van de notaris bij de derde is gewekt. De enkele in de toelichting op het onderdeel genoemde geheimhoudingsplicht van de notaris kan niet rechtvaardigen dat hij voortgaat met het verlenen van zijn medewerking aan handelingen van zijn client waarvan hij moet begrijpen dat daardoor de door hemzelf – of, zoals hier, door een kantoorgenoot – gedane toezegging niet tot het resultaat leidt dat de derde bij gebreke van een tijdige waarschuwing daarvan mocht verwachten.'

Een, mijns inziens, heldere uitspraak waarin op basis van de voorliggende zaak een specifieke zorgvuldigheidsnorm wordt geformuleerd waaraan het handelen van de betrokken notaris wordt getoetst. Een maatman is nergens te bekennen en lijkt ook niet bijzonder te worden gemist in deze passage. Interessant is ook een arrest uit 1982, waarin de HR overwoog:²⁵

'De blijkens 's Hofs arrest vaststaande feiten brengen in het licht van het bovenoverwogene mee dat Moszkowicz door het ten processe bedoelde verzoekschrift eerst op 2 januari 1974 in te dienen is tekort geschoten in de zorgvuldigheid die hij ten aanzien van de belangen van De Ridder en Smael had behoren in acht te nemen. Daarbij is mede van belang dat de toenmalige literatuur en rechtspraak geen aanleiding gaven voor het vertrouwen dat – gegeven voormeld KB waarvan een advocaat, behoudens door Moszkowicz niet gestelde bijzondere omstandigheden, op de hoogte had moeten zijn – van een indiening op die datum geen moeilijkheden waren te verwachten. Hieruit volgt dat Moszkowicz voor de door deze onzorgvuldigheid ontstane schade aansprakelijk is, jegens De Ridder op grond van wanprestatie en jegens Smael op grond van onrechtmatige daad, alsmede dat de door Moszkowicz in hoger beroep aangevoerde grieven 1 en 2 hem niet kunnen baten.'

Hier zien we wel een zekere objectivering ('had behoren'; 'KB waarvan een advocaat (...) op de hoogte had moeten zijn'), maar opnieuw: geen maatman. Ook hier geldt dat deze passages natuurlijk wel vanuit de huidige norm kunnen worden opgebouwd, maar het hoeft niet. Ter vergelijking zou ik willen wijzen op een uitspraak van de Hoge Raad uit 2003 in een geval waarin een advocaat aansprakelijk was gesteld omdat hij laat in de termijn beroep had ingesteld van een voor zijn cliënten negatieve beschikking, welke toen al tenuitvoer was gelegd.²⁶ Handelde deze advocaat onrechtmatig door zo lang te wachten en daarmee wellicht onnodige risico's te creëren? De Hoge Raad overweegt:

25 HR 2 april 1982, NJ 1982, 367.

26 HR 7 maart 2003, NJ 2003, 302.

‘3.4.2. Door uit te gaan van de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht, heeft het Hof de juiste maatstaf aangelegd. Terecht heeft het Hof in het bijzonder aandacht besteed aan de vraag of en in hoeverre deze zorgvuldigheid meebracht dat W. ter voorkoming van onnodige risico’s in verband met de mogelijkheid van tenuitvoerlegging voor zijn opdrachtgevers niet, of in elk geval niet zo lang als hij heeft gedaan, met het instellen van hoger beroep van de beschikking van de rechtbank van 6 december 1995 had mogen wachten.’

Door de maatman tot uitgangspunt te nemen (waarbij bovendien het element van ‘de gegeven omstandigheden’ aan de norm is toegevoegd), lijkt de casus duidelijk in deze norm verankerd te worden. Vanaf de tweede zin van deze overweging lijkt de verankering echter weer los te slaan en wordt eerder een specifieke zorgvuldigheidsnorm geformuleerd met betrekking tot het creëren van onnodig risico (enigszins analoog aan de toepassing van de Kelderluik-criteria bij de beoordeling van gevaarstelling). In het bijzonder de gebrekkige voorzienbaarheid van de tenuitvoerlegging in dit geval (‘op een zodanig onjuiste en van de normale praktijk en geldende normen afwijkende wijze’) was hier, samen met de overige omstandigheden van het geval, beslissend. Bolt en Spier meenden in hun NJV-*preadvies* uit 1996 dat een dergelijke norm logisch voortvloeit uit het criterium van de ‘redelijk handelende, redelijk bekwame’ vakgenoot.²⁷

‘Dat een beroepsbeoefenaar, zoals hiervoor voor de advocaat bleek maar ook voor andere beroepsbeoefenaren geldt, onnodige risico’s voor de cliënt of patiënt moet vermijden, is een logisch uitvloeisel van het centrale aansprakelijkheids criterium. Een redelijk bekwame en redelijk handelend vakgenoot laat zijn cliënt of patiënt geen vermijdbaar risico lopen. Dat betekent niet dat een beroepsbeoefenaar – voor zover dat al mogelijk zou zijn – ieder denkbaar risico behoort uit te sluiten. Het betekent ook niet dat iedere tekortkoming of beoordelingsfout, die vanzelfsprekend risico’s voor de cliënt/patiënt meebrengt, zonder meer tot aansprakelijkheid leidt. Waar het om gaat is dat cliënten en patiënten niet behoren te worden blootgesteld aan onnodige risico’s. Een risico is onnodig in de hier bedoelde zin wanneer het in de gegeven omstandigheden voorzienbaar was en gemakkelijk had kunnen worden vermeden, zonder dat daardoor andere risico’s in het leven zouden zijn geroepen. Hiermee blijkt dat de voorzienbaarheid van het risico dat een beroepsbeoefenaar in een concreet geval neemt en daarmee de voorzienbaarheid van schade voor de cliënt of patiënt een belangrijk gegeven kan zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid.’

Ik vermag evenwel niet in te zien hoe hetgeen de Hoge Raad doet nu anders is te duiden dan het rechtstreeks voor het in concreto voorliggende geval formuleren van een zorgvuldigheidsnorm.

27 A.T. Bolt en J. Spier, ‘De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’, *Preadvies NJV* 1996, p. 137-138.

Een ander interessant voorbeeld is een uitspraak van de Hoge Raad uit 2007,²⁸ waarin de toepassing van de omkeringsregel ter discussie stond in het geval van een – gesteld – verzuim van voldoende informatie te geven:

‘Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico’s, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken (vgl. HR 23 november 2001, nr. C99/259, NJ 2002, 386 en HR 23 november 2001, nr. 00/069, NJ 2002, 387).’

De Hoge Raad formuleert hier de informatieverplichting van de advocaat (zoals reeds in de aangehaalde arresten voor artsen was geformuleerd) zonder deze te relateren aan de redelijk handelende redelijk bekwame vakgenoot. Uiteraard had dit wel gekund, maar uit deze passage blijkt mijns inziens wel dat dat ook net zo goed niet kan, zonder dat dit aan de normerende werking van de uitspraak afbreuk doet.²⁹

Ik zou daarnaast nog willen wijzen op de, in 2002 geschrapte regeling van het ‘eigen beursje’, ofwel de mogelijkheid tot veroordeling in de kosten van de procureur, de advocaat of de deurwaarder die ‘zich in hunne bedieningen te buiten mochten gaan, en alle diegenen, welke de belangen van het beheer dat hun is toevertrouwd verwaarlozen’, zoals art. 58 Rv (oud) het formuleerde. Deze bepaling werd uiteraard al ruim vóór 2002 als tamelijk archaïsch gezien en de toepassing daarvan was om meerdere redenen problematisch.³⁰ Niettemin biedt de bepaling toch een voorbeeld van een andere norm waaraan het handelen van (een bepaalde categorie van) beroepsbeoefenaren werd afgemeten, zonder dat hierbij een maatman te pas kwam. Met name in de eerste helft van de vorige eeuw schijnt de bepaling een tamelijk ruime toepassing te

28 HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92.

29 Een ander voorbeeld is HR 1 december 2006, NJ 2006, 657 waarin de zorgplicht van een assurantietussenpersoon uit hoofde van art. 7:401 BW aan de orde was. De HR verwierp het cassatieberoep op dit punt zonder te refereren aan de algemene norm, anders dan A-G Wuisman: ‘De in het middel vervatte stelling dat, indien een assurantietussenpersoon op basis van hem telefonisch door de verzekeraar verstrekte informatie een cliënt adviseert, zonder dat nader onderzoek door die tussenpersoon plaatsvindt of zonder dat deze nadere informatie bij de verzekeraar inwint, in het bijzonder zonder zelf (overigens) kennis te hebben genomen van de inhoud van de ter discussie staande polis, de gevolgen van de onjuistheid van de door de verzekeraar telefonisch verstrekte informatie in de verhouding tussenpersoon-client voor rekening van de eerste dienen te blijven, faalt. Een dergelijke regel vindt in haar algemeenheid geen steun in het recht.’

30 Met name de complicatie dat een niet-partij in deze kosten veroordeeld kon worden en daarmee een onduidelijke positie had, hetgeen op gespannen voet staat met art. 6 EVRM. De Hoge Raad heeft daar – uiteindelijk – een mouw aan gepast in HR 19 maart 1989, NJ 1989, 768.

hebben gekend,³¹ ofschoon de Hoge Raad – overigens pas in 1997 – de grond voor toepassing van art. 58 (oud) Rv uiteindelijk restrictief omschreef:³²

‘Voor gebruikmaking ervan is slechts plaats, indien (a) sprake is van een niet aan de cliënt toe te rekenen processuele fout of verzuim, welke fout of welk verzuim een ernstige beroepsfout van de advocaat of procureur oplevert, (b) die fout of dat verzuim anders een veroordeling van de cliënt in de proceskosten van de wederpartij tot gevolg zou hebben, en (c) dit gevolg, mede gelet op de ernst van de fout of het verzuim, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet kan worden aanvaard. De rechter die tot een zodanige beslissing komt, zal dienen te motiveren dat in het gegeven geval inderdaad aan dit een en ander is voldaan.’

De Hoge Raad introduceerde hier de categorie ‘ernstige beroepsfout’, welke kennelijk onderscheiden diende te worden van die der ‘gewone’ beroepsfouten en is beperkt tot processuele verzuimen. Deze categorie zou natuurlijk aan het maatmancriterium uit *Speeckaert/Gradener* gerelateerd kunnen worden, maar of een definitie van ‘ernstige beroepsfout’ als, bijvoorbeeld, een ‘fout die een redelijk handelend en redelijk bekwam vakgenoot niet zou maken’ veel toegevoegde waarde zou hebben lijkt twijfelachtig. Michiels van Kessenich gaat er van uit dat voor toepassing van art. 58 Rv (oud) aan de gewone eisen voor aansprakelijkheid uit wanprestatie of onrechtmatige daad moet worden voldaan,³³ waarmee echter nog niet gegeven is dat dat art. 58 Rv (oud) in feite dezelfde norm behelsde. Wanneer art. 58 Rv (oud), wellicht na modernisering, zou zijn gehandhaafd als tuchtmaatregel, zoals door sommigen wel is bepleit,³⁴ zou ook dit een voorbeeld kunnen zijn geweest van een alternatief voor de maatman-norm, zij het voor een specifieke categorie van gevallen.

4.2 Is ‘redelijk’ goed genoeg?

De woorden ‘redelijk handelende redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar roepen daarnaast op zich al een aantal vragen op, in het bijzonder ten aanzien van het woord ‘redelijk’. Wat wordt daar nu mee beoogd; welk principe drukt het uit? Deze vraag blijkt nog niet zo eenvoudig te beantwoorden. De door Michiels van Kessenich gehanteerde uitwerking van de norm in een subjectief en objectief toetsingsmoment bijvoorbeeld, laat zich evenzeer denken bij een ‘goed handelende en bekwame’ vakgenoot.

We zagen dat de wetgever er van uit is gegaan dat de ‘goed opdrachtnemer’ van art. 7:401 BW in feite dezelfde is als de redelijk bekwame en redelijk handelende opdrachtnemer. Nu zijn ‘redelijk’ en ‘goed’ uiteraard verschillende

31 Zie bijv. de rechtspraakverwijzingen in Van Rossem-Cleveringa, art. 58, aant. 1 en 2.

32 HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 347.

33 Michiels van Kessenich 1995, par. 41.

34 P. Abas, ‘Pleidooi voor ruimere toepassing van art. 58 Rv’, *Prg.* 1998, p. 203-206.

woorden met een verschillende betekenis. Wie dus zegt 'redelijk = goed' heeft iets uit te leggen, zo zou je kunnen stellen.

Natuurlijk, wie constateert dat Van Dale 'goed' definieert als: 'in de genoemde hoedanigheid zodanig zijn als men kan verlangen', kan stellen dat men niet meer dan 'redelijke bekwaamheid' van een opdrachtnemer kan verlangen om zo beide normen te verenigen. Maar waarom is dat dan zo, en is dat dan een redelijk (in de zin van billijk) resultaat? Waarom mag men eigenlijk niet meer dan redelijke bekwaamheid verlangen? In zijn bijdrage voor de Cahen-bundel heeft Ingelse, eveneens met verwijzing naar Van Dale, de stelling opgeworpen dat bekwaamheid geen kwestie van gradatie behoort te zijn:

'(...) 'redelijk' in 'redelijk bekwaam' wordt gebruikt als bijwoord van graad en betekent 'tamelijk, nogal, vrij'. Een tamelijk bekwame advocaat moet nog veel leren en is misschien goed genoeg voor mijn wederpartij maar niet voor mij.'³⁵

Dit argument lijkt mij nog niet zo eenvoudig te weerleggen. Waarom betekent het uitgangspunt dat men niet per definitie aanspraak mag maken op hetgeen de allerbesten in het vak kunnen (waarom eigenlijk niet?) dat men dan maar met redelijke kwaliteit genoeg zou moeten nemen in plaats van goede kwaliteit? Ook wanneer 'goede' kwaliteit als basiseis wordt gesteld kan recht worden gedaan aan de omstandigheden van het geval (specialisatie; ervaring; tijdsdruk; opstelling cliënt; etc.) zodat bij het bepalen van wat, in concreto, 'goed' is het resultaat toch niet anders (en vooral: minder billijk) zou moeten zijn dan wanneer men 'redelijke' bekwaamheid verwacht.

5 FUNCTIONEEL VERGELIJKINGSTYPE OF LEGE HULS?

Met de constatering dat de redelijk handelende redelijk bekwame maatman uit *Speeckaert/Gradener* een representant is van het functioneel vergelijkingstype, is aan deze norm een dogmatische inbedding gegeven. Met het hanteren van een functioneel vergelijkingstype wordt tot uitdrukking gebracht dat bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van het beweerdelijk onrechtmatig handelen een objectiverende benadering gewenst is bij het bepalen van hetgeen in het voorliggende geval van de beroepsbeoefenaar geleverd mocht worden. Met deze constatering is evenwel de *inhoud* van de norm, de kenmerken van het vergelijkingstype, uiteraard nog niet bepaald. We zijn daarmee weer terug bij de discussie over de vraag of 'redelijk' niet gewoon 'goed' moet zijn. Daar

35 P. Ingelse, 'Een woord teveel', in: A.L. Mohr, F.H.J. Mijnsen, R.H. Stutterheim (red.), *P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 177 e.v.

zijn serieuze argumenten voor aan te voeren. Zo merkt Van Dam³⁶ ten aanzien van de kennis en kunde waarvoor een beroepsbeoefenaar moet instaan, op:

‘Met Prosser en Keeton kan daarom worden ingestemd dat een professional gehouden is tot meer dan het gewone, namelijk tot het goede: ‘Sometimes this is called the skill of the “average member” of the profession; but this is clearly misleading, since only those in good professional standing are to be considered. (...)’

Het door de Hoge Raad aangereikte professionele vergelijkingstype van de redelijk bekwame en redelijk handelend beroepsbeoefenaar moet derhalve in die zin worden uitgelegd, dat zijn kennis en kunde redelijk goed dienen te zijn en niet redelijk in de zin van “gemiddeld”.’

We zien hier dezelfde gedachtegang die ook in het artikel van Ingelse is terug te vinden terwijl andere auteurs menen dat niet meer dan ‘gemiddelde’ of ‘redelijke’ eisen kunnen worden gesteld. Dit uiteenlopen van opvattingen maakt nog eens duidelijk dat met de dogmatische inbedding van deze maatman als ‘functioneel vergelijkingstype’ nog geenszins gegeven is welke eisen vervolgens aan deze maatman gesteld kunnen of moeten worden.

In dit verband zou ik willen wijzen op de door de Hoge Raad in 1996 geformuleerde zorgvuldigheidsnorm voor de curator (‘Maclou-norm’), waarmee expliciet is beoogd een meer specifieke norm te geven dan de algemene maatstaf van de ‘redelijk handelende redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar:³⁷

‘Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’

Opnieuw een duidelijk voorbeeld van het functioneel vergelijkingstype,³⁸ waarin duidelijk vanuit een algemeen normatieve opvatting over de positie van de curator en de door deze te behartigen belangen wordt geredeneerd.

Niettemin is omstreden wat het type nu precies inhoudt en in welk opzicht het zich onderscheidt van de redelijk handelende redelijk bekwame vakgenoot. Du Perron vraagt zich af wat het vervangen van de ene lege huls (de algemene maatman) voor de andere (de over voldoende inzicht en nauwkeurigheid beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht) oplevert,³⁹ terwijl ook Van Hees meent dat de elementen in deze specifieke

36 Van Dam 2000, nr. 913.

37 HR 19 april 1996, NJ 1996, 727.

38 Vgl. B. Wessels, *Insolventierecht, Deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2008, par. 4246.

39 C.E. Du Perron, ‘Aansprakelijkheid faillissementscurator’, *Bb* 1996, p. 128 e.v.

zorgvuldigheidnorm ('voldoende inzicht en ervaring', 'nauwgezetheid en met inzet verrichten van zijn taak') zonder bezwaar kunnen worden ingewisseld voor de 'redelijke bekwaamheid' en het 'redelijk handelen'. Hij acht het belang van het Maclou-arrest met name gelegen in de erkenning van de uiteenlopende en soms tegenstrijdige belangen die de curator heeft te behartigen.⁴⁰ De uiteenzetting daarvan ligt evenwel niet zozeer in de norm besloten, maar volgt in de overwegingen die op de hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad aansluiten. De waarde van de door de Hoge Raad geformuleerde norm is, zo beschouwd, niet zozeer de norm op zich als wel de erkenning en formulering van bepaalde uitgangspunten die richtinggevend kunnen zijn voor de toepassing van die norm in concrete gevallen.

Dergelijke algemene, aan het functioneel vergelijkingsstype verbonden uitgangspunten ontbreken in de rechtspraak sinds *Speeckaert/Gradener*. Met name een duidelijke motivering voor het gebruik van de term 'redelijk' wordt gemist. Toch zijn wel aanknopingspunten te bedenken. Een vroeg voorbeeld van een dergelijke catalogisering is te vinden in de *WPNR*-bijdrage van Wolfsbergen over beroepsaansprakelijkheid. Niet alleen, voor zover mij bekend, een van de eerste meer uitvoerige beschouwingen over het onderwerp beroepsaansprakelijkheid, maar ook een van de relatief weinige. Het artikel is bovendien ook vandaag de dag nog interessant.⁴¹ Ik sta er dus iets langer bij stil.

Wolfsbergen neemt het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen in relatie tot vrije beroepen als vertrekpunt voor zijn zoektocht naar het criterium:⁴²

'Niet aldus de verbintenis van medicus, advocaat, kapitein, notaris, journalist, deurwaarder; dezen garanderen nimmer het bereiken van zekere uitkomsten, doch verbinden zich slechts, hun beroep in enig concreet geval zo goed mogelijk uit te oefenen.' (...)

Het is voorts geen toeval, dat bij verscheidene dezer beroepen naast de gewone aansprakelijkheid ook een disciplinaire instantie, al of niet door de overheid, is ingeschakeld; voor een disciplinair onderzoek, al of niet door de overheid, bestaat immers telkens aanleiding wanneer aan een bepaalde exclusieve of zelfs monopolistische groep personen grote belangen zijn toevertrouwd, belangen zo groot, dat hun behartiging niet aan de "partijen" kan worden overgelaten.

Dit brengt mede, dat zij tegenover hun opdrachtgevers allen een grote zelfstandigheid bezitten; juist omdat zij de uitoefening van hun beroep alleen zelf te verantwoorden hebben wensen zij geen inmenging in hun bemoeiingen.'

40 J.J. van Hees, 'De integere curator', in: I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman (red.), *Onderneming en Integriteit*, Serie Onderneming en Recht deel 39, Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v.

41 In 1946 verscheen postuum Wolfsbergens monografie *Onrechtmatige Daad*, de eerste systematische behandeling van het leerstuk in Nederland, waaraan het *BW-Krant* Jaarboek in 1996 was gewijd.

42 Wolfsbergen 1940, p. 2.

Wolfsbergen ziet tegen deze achtergrond het algemeen belang als de grond voor aansprakelijkheid van 'hen, wier beroep medebrengh dat zij zich slechts tot een goed uitoefenen van dat beroep verbinden.' Wanneer begaan zij nu een zodanige beroepsfout dat daaruit hun aansprakelijkheid voortvloeit? Wolfsbergen stelt als eerste vast dat

'(...) in elk ambt handelingen worden gepleegd, welke, achteraf bezien, objectief niet de juiste waren, maar welke toch door alle beroepsgenoten, bij juiste ambtsvervulling, precies zó zouden zijn begaan.'⁴³

Daarnaast is er nog een categorie fouten:

'Een andere categorie verrichtingen is weliswaar fout, maar wordt toch niet als aansprakelijkheid vestigend aangemerkt, omdat óf wel de vereiste tijd ontbrak om de casuspositie voldoende te bestuderen óf wel voor een juist inzicht een grotere vakkennis nodig zou zijn dan van de gemiddelde vakgenoot is te vergen.'⁴⁴

Ten aanzien van de te vergen gemiddelde vakkennis moet voor ieder beroep afzonderlijk worden bepaald in hoeverre het mogelijk is de stof volledig te beheersen, waarbij specialisatie kan leiden tot een grotere aansprakelijkheid voor fouten op het specialistische terrein. Maar, ontbreken tijd en geld om een specialist in te schakelen

'(...) dan mag men ook op die van voetangels en klemmen voorziene delen des rechts slechts gemiddelde bekwaamheid verwachten en verlangen; niet wat de beste in het vak zou vermogen is de maatstaf. Toch bestaat bij het achteraf beoordelen van fouten wel eens de neiging, het later bekend geworden als al voorzienbaar aan te merken. Ook error iuris zal dus een excuus kunnen zijn. (...) Daarentegen is voor den advocaat niet voldoende excuus – gelijk wel wordt betoogd – , dat een wetsvoorschrift op zichzelf zo duidelijk leek, dat er geen grond was tot het opslaan van een commentaar of het nagaan der jurisprudentie.'⁴⁵

De waarschuwing voor de 'benefit of hindsight' wordt door Wolfsbergen nogmaals gedaan in zijn monografie over onrechtmatige daad, waar hij opnieuw het vereiste van een *redelijke* bekwaamheid benadrukt:⁴⁶

'Het voorgaande neemt niet weg, dat het ogenblik, waarop van een fout kan worden gesproken, niet mag worden bepaald naar hetgeen achteraf is gebleken of naar hetgeen de allerbekwaamsten in het vak vermogen. Men zal met het verlangen van redelijke bekwaamheid moeten volstaan, waarbij uiteraard met de voor de diverse beroepen onderscheidenlijk heersende gebruiken zal worden

43 Wolfsbergen 1940, p. 2.

44 Wolfsbergen 1940, p. 3.

45 Wolfsbergen 1940, p. 5.

46 Wolfsbergen 1946, p. 168.

rekening gehouden – wij denken aan de bij de medici voorkomende, bij de juristen niet gebruikelijke specialisatie; deze vermag zowel de eisen, aan de specialist gesteld te verhogen als de toelaatbare onkunde der niet gespecialiseerden, zolang zij het speciale terrein niet buiten noodzaak betreden, uit te breiden.’

Wolfsbergen formuleert aldus een reeks gezichtspunten en uitgangspunten die een rol zouden kunnen spelen bij de invulling, het operationaliseren, van het functioneel vergelijkingstype van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar: de omstandigheden van het geval; de beoordeling *ex ante* (dus geen ‘benefit of hindsight’; de aard van de verplichting (geen resultaatsverbintenis); de mate van zelfstandigheid. Ook Michiels van Kessenich heeft, zoals we hiervoor zagen, een nuttige uitwerking en catalogisering van gezichtspunten en deelnormen aan de maatman ontleend.⁴⁷ Ook andere, op de gespecialiseerde context van de betrokken adviseur toegesneden deelnormen kunnen worden geformuleerd.⁴⁸ De in de rechtspraak stevast gehanteerde norm biedt tot een dergelijke catalogisering weinig aanknopingspunten; veeleer worden die van geval tot geval in concreto geformuleerd.

6 CONCLUSIE

Wat is nu de meerwaarde van het in *Speeckaert/Gradener* gegeven functioneel vergelijkingstype?

Het gebruik van een vergelijkingstype strekt dogmatisch gezien tot objectivering, tot abstraheren van de concrete eigenschappen van de aansprakelijk gestelde persoon, wiens handelen daartoe wordt afgemeten aan een abstractie, de maatman. Zo zou het ook moeten zijn met de ‘redelijk bekwaam, redelijk handelend beroepsbeoefenaar’. De conclusie lijkt echter gerechtvaardigd dat veel inhoudelijke sturing of invloed op de concrete normstelling niet van dit vergelijkingstype is uitgegaan. Op basis van de sinds 1990 gepubliceerde rechtspraak blijkt niet duidelijk dat in de norm als het ware een leidend principe, een ‘programma’ of een catalogus van relevante factoren besloten

47 Zonder pretentie van volledigheid noemt zij de volgende regels: i) de deskundige moet voldoende informatie verwerven en hij moet daarbij dóórvragen; ii) de deskundige moet zijn patiënt of cliënt voldoende informatie geven; iii) de informatie die wordt verstrekt moet zijn afgestemd op de concrete wederpartij; iv) de deskundige moet zijn patiënt of cliënt wijzen op de risico’s die verbonden zijn aan het opvolgen van zijn advies; v) de deskundige heeft een waarschuwingplicht maar hij heeft niet de taak te voorkomen dat zijn cliënt of patiënt domme dingen doet.

48 Vgl. bijvoorbeeld A. Schilder, W.H.J.M. Nuijts, D.C. Meerburg, S.C.J.J. Kortmann, ‘Het advies en de rol van de adviseur’, *Preadviezen NJV* 2004, o.m. p. 20-36 en 219-232.

ligt waaruit zich deelnormen voor concrete gevallen laten afleiden.⁴⁹ Op zich kan ook dan nog wel van een meer objectiverende benadering sprake zijn, omdat nog steeds geabstraheerd kan worden van de concrete eigenschappen van de aansprakelijk gestelde vakgenoot. Deze moet er dan wel mee leren leven te worden afgemeten aan een ad hoc ingevulde maatman, speciaal voor een situatie als de zijne ontworpen.

Daarnaast is het hanteren van de term ‘redelijk’, in het bijzonder met betrekking tot het vereisten van bekwaamheid, voor serieuze betwisting vatbaar gebleken. Wat wordt hier nu mee bedoeld? Is de term ‘redelijk’ bijvoorbeeld een uitdrukking van het al door Wolfsbergen geformuleerde principe dat men niet het allerbeste mag eisen (en zo ja, waarom dan niet), of dat men moet oppassen voor de *benefit of hindsight*? Hangt de term samen met de gedachte dat een beroepsbeoefenaar geen specifiek resultaat garandeert? De Hoge Raad heeft er van begin af aan geen twijfel over laten bestaan dat van marginale toetsing geen sprake kan zijn, zodat de op zichzelf niet vreemde connotatie van de term ‘redelijk’ met het concept van de marginale toetsing een dood spoor is.⁵⁰ Nu bovendien de wetgever over de band van art. 7:401 BW ervan uitgaat dat ‘redelijk’ hetzelfde is als ‘goed’, lijkt het element ‘redelijk’ inhoudsloos te zijn geworden.

De beperkte houvast die de rechtspraak biedt is natuurlijk ook deels een kwantitatieve kwestie: het aantal NJ-uitspraken over beroepsaansprakelijkheid is nog altijd relatief beperkt, terwijl bovendien in veel gevallen niet in discussie is *dat* een beroepsfout is gemaakt (maar bijvoorbeeld de discussie zich toespitst op de vraag welke schade hierdoor is veroorzaakt). Dat de maatman in elk geval geen termijnen mag laten verlopen of ledematen mag verwisselen bij een operatie zal in de regel weinig omstreden zijn. Niettemin is naar mijn mening de indruk gerechtvaardigd dat ook in meer complexe gevallen de norm doorgaans wel genoemd, maar niet werkelijk *gebruikt* wordt. Veeleer is het een formule die de inleiding vormt tot het bepalen van de werkelijke zorgvuldigheidsnorm, zoals bijvoorbeeld de norm dat men zijn cliënt geen onnodige risico’s mag laten lopen.

De maatman in beroepsaansprakelijkheidszaken is aldus misschien nog wel het best te vergelijken met de door Marten Toonder in zijn verhaal ‘De Pronen’ opgevoerde leergierige maar inhoudsloze levensvorm der pronen:

49 Ik wil daarmee niet stellen dat dit met de Maclou-norm wél het geval is, maar ik constateer wel dat de Hoge Raad in hetzelfde arrest waarin deze maatman-norm wordt geformuleerd ook een reeks relevante gezichtspunten heeft genoemd die bij de beoordeling van de positie van de curator van belang zijn (zoals het gegeven dat hij niet voor een cliënt werkt maar op een kruispunt van soms tegenstrijdige belangen staat).

50 Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 59, Deventer: Kluwer, 2007, p. 53-61, waarin blijkt dat goed denkbaar is dat het hanteren van het element ‘redelijk’ als onderdeel van een functioneel vergelijkingstype duidt op marginale rechterlijke toetsing, in dit geval van het handelen van het bestuur van een kapitaalvennootschap.

zij hechten zich aan diegenen die zich over hen ontfermen, nestelen zich in hun leven en kopiëren hun eigenschappen, maar voegen daar zelf niets aan toe.

12 | Notarieel tuchtrecht en civiel recht; meten met twee maatmannen?

P.C. van Es[■]

1 INLEIDING

De notaris is regelmatig het doelwit van een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure, ingesteld door een ontevreden cliënt dan wel een derde die stelt benadeeld te zijn door het handelen of nalaten van een notaris. Notarissen zijn ook onderworpen aan wettelijk tuchtrecht (art. 98 Wet op het notarisambt, hierna: Wna). De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of – en zo ja, in hoeverre en waarom – het tuchtrecht andere eisen aan de notaris stelt dan het civiele recht. Is de modelnotaris (maatman) in het tuchtrecht een ander dan in het civiele recht? Deze vraag (waarover § 4 hieronder) staat los van de vraag of er – gesteld dat de gedragsnormen overlappen – redenen zijn waarom de schending van een tuchtnorm niet automatisch leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Deze laatste vraag komt hieronder in § 3 aan de orde. Voorafgaand hieraan volgt een opmerking over de aard van het tuchtrecht in relatie tot het civiele aansprakelijkheidsrecht.

2 DE AARD VAN HET TUCHTRECHT IN RELATIE TOT HET CIVIELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

De achtergrond van het tuchtrecht verschilt wezenlijk van die van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Het wettelijk tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren heeft tot doel om *in het algemeen belang* een goede wijze van beroepsbeoefening te bevorderen.¹ Dit betekent in de eerste plaats dat wettelijk tuchtrecht geen recht is dat ten dienste staat aan de beroepsgroep als zodanig; het regelt alleen de betrekkingen tussen de beroepsgenoten onderling, indien en voor zover open-

■ P.C. van Es is universitair hoofddocent bij de afdeling notarieel recht, Universiteit Leiden.

1 HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (*Portielje/notaris Y.*). Zie ook MvA bij de Wijziging van de Advocatenwet (Nieuwe regeling tuchtrechtspraak), *Kamerstukken II* 1981/82, 16 094, nr. 6, p. 3 en MvA bij de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 522, nr. 7, p. 75-76. In de Parlementaire Geschiedenis bij de Wet op het notarisambt (23 706) vindt men geen theoretische beschouwingen over de aard en het doel van het tuchtrecht. De MvT vermeldt dat het tuchtrecht 'zoveel mogelijk [is] afgestemd op andere moderne tuchtrechtelijke regelingen, zoals die van de advocaten, de register-accountants en de loodsen.' (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 13).

bare belangen daarbij een overwegende rol spelen.² In de tweede plaats betekent het dat het niet gericht is op de individuele genoegdoening van de cliënt.³ Hiertoe dient het civiele aansprakelijkheidsrecht, dat in het teken staat van het *individuele belang* van de gelaedeerde, inhoudende dat hij de door hem geleden schade kan afwentelen op een ander.

3 CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID: SCHADE, CAUSAAL VERBAND, RELATIVITEIT EN EIGEN SCHULD

Los van de vraag of het verschil in karakter van het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht leidt tot een verschillende inkleuring van de aan de notaris te stellen gedragsnorm, geldt in ieder geval de regel dat tuchtrechtelijke aansprakelijkheid geen civielrechtelijke aansprakelijkheid impliceert. Voor de laatstbedoelde aansprakelijkheid gelden namelijk nadere vereisten, te weten: schade, causaal verband en relativiteit. Voorts geldt in het civiele aansprakelijkheidsrecht dat eigen schuld van de gelaedeerde de vergoedingsplicht van de gedaagde kan beperken of geheel kan uitsluiten (art. 6:101 BW). In het tuchtrecht speelt dit leerstuk geen rol. Op deze punten wordt hieronder nader ingegaan.

3.1 Schade

Zoals gezegd heeft het civiele aansprakelijkheidsrecht primair tot doel de geleden schade af te wentelen op een ander. Zonder schade is een aansprakelijkheidsstelling op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (6:162 BW) niet mogelijk. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op het geval waarin een notaris in het café te pas en te onpas rondbazuint dat mevrouw X voor de zoveelste keer haar testament heeft gewijzigd. Het ontbreken van schade snijdt X de pas af van een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW.⁴ Een tuchtzaak wegens schending van art. 22 Wna is echter wel op zijn plaats. Het publieke belang bij een goede beroepsuitoefening is immers geschaad. Terzijde zij opgemerkt dat in de zaak die leidde tot HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 een poging is gedaan het ge-

2 Zie MvA bij de Wijziging van de Advocatenwet (Nieuwe regeling tuchtrechtspraak), *Kamerstukken II* 1981/82, 16 094, nr. 6, p. 3. Om de onderlinge betrekkingen te reguleren kan een beroepsgroep gebruik maken van privaatrechtelijk verenigingstuchtrecht.

3 Vgl. MvA bij de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 522, nr. 7, p. 76.

4 Theoretisch is denkbaar dat X op grond van art. 3:296 BW jo. art. 6:162 lid 2 BW vordert dat de notaris zich in de toekomst zal onthouden van het doen van de bedoelde uitlatingen.

schokte vertrouwen in het notariaat (en in de rechtsstaat in het algemeen) als immateriële schade te verhalen. Deze poging strandde.⁵

3.2 Causaal verband

Omdat de aanwezigheid van schade in het tuchtrecht geen vereiste is, speelt hier ook niet de vraag naar het causale verband tussen de schade en de overtreden gedragsnorm. In het civiele aansprakelijkheidsrecht is dit anders, aangezien zowel bij een vordering op grond van wanprestatie als bij een vordering op grond van onrechtmatige daad geldt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt 'schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend' (art. 6:98 BW). Gesteld dat de schending van een bepaalde tuchtnorm tevens de schending van een civiele aansprakelijkheidsnorm inhoudt, dan zou het vereiste van 'causaal verband' nog een barrière kunnen opwerpen tegen de uiteindelijke aansprakelijkheid van de notaris voor de geleden schade.

Een fraai voorbeeld geeft de casus die ten grondslag ligt aan de arresten *Dicky Trading I* en *II*.⁶ Franken is voornemens naar Canada te emigreren en wenst om die reden zijn boerderij en veestapel te verkopen. Hij vertrouwt zijn belangen toe aan Wille, die – ter besparing van belasting – een constructie bedenkt om de netto-opbrengst van de boerderij en veestapel (na onder meer de aflossing van de hypothecaire lening) aan Franken te doen toekomen in Canada, uitbetaald door een Canadese vennootschap. Hiertoe wordt de boerderij niet rechtstreeks aan de uiteindelijke koper (Griffioen) verkocht en geleverd, maar via de Canadese vennootschap: *Dicky Trading and Holding Company (Canada) Ltd*. Teneinde de netto-opbrengst in deze vennootschap terecht te doen komen (zodat deze in Canada aan Franken kan worden uitbetaald), wordt de koopsom bij de eerste transactie laag gehouden (f 490.000,-). Dit bedrag wordt grotendeels aangewend om de hypothecaire lening af te lossen. Griffioen betaalt vervolgens bij de opvolgende levering aan de Canadese Limited de reële koopprijs van f 1.150.000,-. De koopovereenkomsten worden ondertekend in het bijzijn van notaris H., die enige dagen later ook de beide leveringsakten verlijdt. Franken krijgt de netto-opbrengst van de boerderij nooit uitbetaald en verhaal op Wille of *Dicky Trading and Holding Company (Canada) Ltd* blijkt niet mogelijk. Hij dient bij de tuchtrechter een klacht in die in twee instanties gegrond wordt bevonden. Naar het oordeel van zowel de Kamer van Toezicht als het Hof te Amsterdam had de notaris moeten informeren

⁵ Zie hierover A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest, nr. 3.5.1-3.5.2.

⁶ HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 en HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607.

naar het grote prijsverschil en heeft hij door dit niet te doen niet de zorgvuldigheid betracht die een notaris betaamt.⁷

Wanneer Franken notaris H. vervolgens in een civiele procedure aansprakelijk stelt (op grond van wanprestatie c.q. onrechtmatige daad), vangt hij bot bij zowel de rechtbank als het Hof. De vordering wordt afgewezen wegens het ontbreken van het *causaal verband* tussen de nalatigheid van de notaris en de door Franken geleden schade. Het Hof overweegt:⁸

‘Gelet op de onderhavige, ook naar buiten blijkende vertrouwensband tussen Franken en Wille, had H. in redelijkheid niet behoeven te verwachten en valt aan H. in redelijkheid niet toe te rekenen dat Franken, doordat H. naliet te informeren naar het prijsverschil of naliet te wijzen op het risico, verbonden aan een vordering op Dicky Trading, schade zou lijden als in casu.’

Deze redenering komt hierop op neer dat vanwege het blinde vertrouwen dat Franken had in Wille, een waarschuwend woord van notaris H. geen verschil had gemaakt. De Hoge Raad komt Franken in cassatie echter in die zin tegemoet dat de bewijslast met betrekking tot deze stelling wordt omgedraaid. Het causaal verband wordt verondersteld en het is aan de notaris om dit te ontkrachten. De centrale overweging in dit verband is de volgende:

‘Wanneer hetgeen zich hier heeft verwezenlijkt – te weten dat het aan Dicky Trading overgemaakte bedrag niet aan Franken is doorbetaald en ook niet door deze kan worden verhaald – behoort tot de risico’s met het oog waarop H. zijn voormelde verplichting als notaris had moeten nakomen, zal de daaruit voortvloeiende schade in beginsel aan hem als gevolg van de niet-nakoming van die verplichting kunnen worden toegerekend.’⁹

De norm die de notaris in het onderhavige geval overtrad, was de norm uit het *Groningse notaris-arrest*,¹⁰ inhoudende dat de notaris gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Deze norm beoogt duidelijk bescherming te bieden tegen het risico zoals dat zich in dit geval heeft verwezenlijkt, te weten het risico van het niet verhaalbaar zijn van de vordering van Franken. De Groningse

7 Zie HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (*Dicky Trading I*), r.o. 3.1 sub *l* en *m*.

8 Hof Amsterdam 28 maart 1991, r.o. 4.6, te kennen uit HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (*Dicky Trading I*).

9 HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (*Dicky Trading I*), r.o. 3.4. Zie ook HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (*Dicky Trading II*), r.o. 3.5.1: ‘(...) dat, indien, zoals hier, door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.’

10 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

notaris-norm is door de Hoge Raad als een civielrechtelijke aansprakelijkheidsnorm geïntroduceerd, maar is thans ook als tuchtrechtelijke gedragsnorm opgenomen in art. 43 Wna.¹¹ Ook in andere gevallen kan een tuchtrechtelijke normschending tevens onrechtmatigheid of een toerekenbare tekortkoming constitueren. In het kader van een civiele aansprakelijkheidsprocedure dient men zich dan van geval tot geval af te vragen of de schade zoals die zich voordoet, een verwezenlijking is van een risico waartegen de overtreden tuchtnorm beoogt te beschermen. Als dit het geval is, geldt de regel dat de gedaagde beroepsbeoefenaar het ontbreken van het causaal verband tussen de verweten gedraging en de geleden schade moet bewijzen.

3.3 Relativiteit

Als een notaris een bepaalde wettelijke tuchtnorm overtreedt (opgenomen in de Wna of een hierop gebaseerde verordening), dan staat vast dat hij ook civielrechtelijk onrechtmatig handelt wegens een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2).¹² Hiermee is echter nog niet gezegd dat hij aansprakelijk is voor alle schade die met de normschending in causaal verband staat. Het vereiste van de relativiteit stelt hier grenzen. Het is niet voldoende om vast te stellen dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld, maar het moet ook vaststaan dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld *jegens degene* die de geleden schade wenst te verhalen. De centrale vraag in dit verband is of de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het geschonden belang te beschermen.¹³

De relativiteitsleer en de hierboven besproken ‘omkeringsregel’ inzake de causaliteit, hangen in zekere zin met elkaar samen. Wanneer namelijk vaststaat dat de schade zoals die zich in een bepaald geval voordoet, een verwezenlijking is van een risico waartegen de overtreden tuchtnorm beoogt te beschermen (en de omkeringsregel derhalve van toepassing is), dan is daarmee ook gegeven dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

11 Zie daarover P.C. van Es, ‘Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris’, in: *Meer spreken, minder zwijgen?* (preadvies KNB 2007), p. 16-17 en de daar vermelde literatuur.

12 Zie met betrekking tot het ruime bereik van deze onrechtmatigheidscategorie, C.J. van Zeben en J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6*, p. 614-615. Voor de goede orde: de civiele rechter hoeft de tuchtrechter niet blindelings te volgen in het oordeel *dat* een tuchtnorm is overtreden. Hij behoudt zijn zelfstandigheid bij het vormen van zijn oordeel (vgl. MvA bij Wijziging van de Wet op het Notarisambt, *Kamerstukken I* 1983/84, 17 404, nr. 159b, p. 2). Aan een oordeel dat afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter worden wel extra motiveringseisen gesteld (HR 12 juli 2003, *NJ* 2003, 151 (*Stichting A./E.*), waar het ging om een geval van medische aansprakelijkheid).

13 Zie Asser-Hartkamp 4-III, Deventer: Kluwer 2006, nr. 95. Zie ook nr. 97 van dit werk waar erop gewezen wordt dat deze vraag twee aspecten heeft. Zowel de benadeelde als persoon, als de door hem geleden schade dienen onder het beschermingsbereik van de geschonden norm te vallen.

In zijn algemeenheid is het echter verre van vanzelfsprekend dat tuchtnormen de strekking hebben de benadeelde in zijn geschonden belang te beschermen. Zoals hierboven in § 2 aan de orde kwam, gaat het in het tuchtrecht immers niet om de individuele genoegdoening van de benadeelde maar om het *algemeen belang* dat gemoeid is met een goede wijze van beroepsbeoefening.

Deze gedachte komt ook tot uitdrukking in HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378. Aannemer Weststrate BV had van aanbesteder Van Liere een bedrag van f 108.195,02 te vorderen. De advocaat van Weststrate BV (Spruijt) sommeerde bij brief het bovenstaande bedrag te betalen, vermeerderd met wettelijke rente en vermeerderd met incassokosten ad f 10.819,50 (10% van de hoofdsom). Van Liere betaalde het gehele bedrag en diende vervolgens een klacht in bij de Raad van Toezicht der Orde van Advocaten in Middelburg op grond van het feit dat Spruijt door het berekenen van 10% incassokosten inbreuk zou hebben gemaakt op regel 42 Gedragsregels voor de Advocaten 1980. Deze regel bepaalt het volgende: 'De advocaat behoort het maken van onnodige kosten te vermijden. Dit geldt evenzeer tegenover de tegenpartij van de cliënt.' De klacht wordt gegrond bevonden. In de aansprakelijkheidsprocedure waarin Van Liere het bedrag van f 10.819,50 poogt terug te vorderen, speelt onder meer de vraag of overtreding van regel 42 betekent dat Spruijt onrechtmatig heeft gehandeld jegens Van Liere. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.2.:

'Onderdeel 1 van middel II is ongegrond, omdat, ook als zou vaststaan dat Spruijt de in het onderdeel bedoelde gedragsregel 42 heeft overtreden, daaruit, gegeven de aard van dit soort gedragsregels, niet noodzakelijk volgt dat hij *jegens Van Liere* onrechtmatig heeft gehandeld door namens Weststrate het bewuste bedrag aan incassokosten van hem te vorderen.'

Uit de door mij gecursiveerde woorden volgt dat deze overweging in het teken staat van de relativiteit. Met de overtreding van de tuchtnorm is de onrechtmatigheid gegeven, maar dat wil nog niet zeggen dat ook onrechtmatig is gehandeld *jegens* de eiser. Lankhorst benadert de zaak in zijn proefschrift enigszins anders en plaatst het voorbeeld binnen de – wat hij noemt – 'relativiteitsleer in ruime zin'. Het gaat dan om de voorvraag of de strekking van de overtreden norm meebrengt dat overtreding leidt tot onrechtmatigheid. Deze vraag zou de Hoge Raad in het bovenstaande arrest niet zonder meer bevestigend hebben beantwoord.¹⁴

In een recentere uitspraak van de rechtbank Amsterdam staat de relativiteit van een door een kandidaat-notaris overtreden tuchtnorm centraal.¹⁵ Het gaat in deze zaak om verkoop bij inschrijving van een aantal onroerende goederen. De voorwaarden bepalen dat tezamen met het inschrijvingsformulier, houdende

14 G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 92-93.

15 Rb. Amsterdam 4 juli 2007, *LJN* BB5424.

het onvoorwaardelijke bod, een door de Kamer van Koophandel gewaarmerkt en origineel uittreksel uit het handelsregister van de inschrijvende rechtspersoon dient te worden ingeleverd. Volgens de voorwaarden kan de (kandidaat-) notaris het bod als ongeldig aanmerken wanneer het inschrijvingsformulier niet volledig is ingevuld of één of meer bijlagen ontbreken. Bouw- en aannemingsbedrijf Lokhorst BV (Lokhorst) doet een bod op een van de onroerende goederen van € 1.800.000,-. Dit bod gaat vergezeld van een kopie van een per fax door de Kamer van Koophandel verzonden uittreksel uit het Handelsregister. Het bod blijkt het hoogste bod te zijn, op één bod na dat door de kandidaat-notaris ongeldig wordt verklaard. Lokhorst laat weten dat haar bod op een misverstand berust. De verkoper houdt Lokhorst echter aan haar bod en Lokhorst neemt het onroerend goed uiteindelijk af. Zij dient een tuchtklacht in die in hoger beroep bij het Hof Amsterdam gegrond wordt verklaard. De kandidaat-notaris had het bod van Lokhorst volgens het Hof ongeldig moeten verklaren.

In een civiele procedure vordert Lokhorst van de kandidaat-notaris op grond van onrechtmatige daad vergoeding van de door haar geleden schade, bestaande in het verschil tussen de door haar betaalde koopprijs (vermeerderd met overdrachtsbelasting en kosten) en de marktwaarde van het onroerend goed. Lokhorst stelt dat, doordat tuchtrechtelijk vaststaat dat de kandidaat-notaris onzorgvuldig heeft gehandeld, hij civielrechtelijk aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank wijst de vordering echter af, overwegende dat de door de kandidaat-notaris overtreden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals Lokhorst stelt te hebben geleden. De voorwaarde ten aanzien van de bij het inschrijvingsformulier in te leveren bescheiden diende immers ter bescherming van de *verkoper*: op deze manier kon zeker worden gesteld dat met de hoogste bieder een rechtsgeldige koopovereenkomst tot stand zou komen.

Het bovenstaande wil niet zeggen dat een notariële tuchtnorm nooit de strekking kan hebben de individuele benadeelde in zijn geschonden belang te beschermen. De kernwaarden van het notariaat – die het tuchtrecht beoogt te beschermen – zijn het bieden van rechtszekerheid en rechtsbescherming. Hiermee wordt het algemeen belang gediend, maar ook het individueel belang van degene die met de notaris in aanraking komt. De algemene informatieplicht en de bijzondere waarschuwingsplicht van de notaris (art. 43 lid 1 Wna) zijn typisch normen die mede de individuele belangen van de betrokkenen beogen te beschermen. Ditzelfde geldt voor bijvoorbeeld de ministerieplicht alsmede de plicht om onder bepaalde omstandigheden dienst te weigeren (art. 21 lid 1 en 2 Wna) en de verplichtingen rond de derdenrekening (art. 25 Wna).

3.4 Eigen schuld

Art. 6:101 lid 1 BW geeft als hoofdregel dat in het geval van eigen schuld van de benadeelde, de draagplicht ten aanzien van de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige verdeeld wordt, in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. In de laatste zinsnede van de bepaling leest men echter dat 'een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'. Deze uitzondering kan bij beroepsfouten van de notaris een rol spelen. Een voorbeeld is te vinden in het hierboven al aan de orde gekomen Dicky Trading II-arrest waar de Hoge Raad overweegt dat:¹⁶

'(...) geen plaats is voor verdeling van de door de tekortkoming ontstane schade over Franken als benadeelde en H. als de vergoedingsplichtige, omdat de aan Franken toe te rekenen omstandigheden in het niet vallen bij de aan H. toe te rekenen omstandigheden'.

In een recente uitspraak in een zaak van hypotheekfraude (waarbij een appartementsrecht op een dag tweemaal van eigenaar wisselde en waarbij sprake was van een verdubbeling van de koopsom) oordeelt de rechtbank 's-Gravenhage dat de notaris, mede gelet op de ingevolge art. 17 Wna op hem rustende zorgplicht, niet heeft gehandeld zoals dat onder de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris mocht worden verwacht. Hieruit volgt dat notaris in beginsel aansprakelijk is voor de schade die de bank (Bank of Scotland) lijdt als gevolg van het feit dat de hypothecaire lening door de uiteindelijke koper niet wordt afgelost en het onderpand onvoldoende dekking blijkt te bieden. De rechtbank stelt echter vast dat ook de bank, als professionele verstrekker van de hypothecaire lening, onoplettend is geweest. Dit wordt de bank ernstig aangerekend en de rechtbank overweegt dat er aanleiding is de schadevergoedingsplicht van de notaris op de voet van art. 6:101 BW met vijftig procent te verminderen.¹⁷

4 METEN MET TWEE MAATMANNEN?

In het bovenstaande is tot uitgangspunt genomen, het geval waarin het handelen of nalaten van een notaris zowel in tuchtrechtelijke als in civielrechtelijke zin laakbaar was. Gebleken is dat er in deze situatie verschillende redenen kunnen zijn waarom tuchtrechtelijke aansprakelijkheid niet automatisch

¹⁶ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, r.o. 3.3.

¹⁷ Rb. 's-Gravenhage 5 december 2007, NJF 2008, 140.

civielrechtelijke aansprakelijkheid (voor de volledige schade) constitueert. Thans komen wij toe aan de kernvraag, te weten of de normen die het tuchtrecht aan de notaris stelt altijd parallel lopen aan de normen van het civiele recht.

Civielrechtelijk wordt het gedrag van een notaris beoordeeld door toetsing aan hetgeen in de gegeven omstandigheden verwacht mag worden van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'.¹⁸ De algemene tuchtnorm van art. 98 lid 1 Wna ziet op 'enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris of kandidaat-notaris niet betaamt'. Taalkundig is het goed verdedigbaar dat er geen verschil bestaat tussen een 'behoorlijk' notaris en een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend' notaris. Het is echter de vraag of ook binnen de twee verschillende normstelsels (tuchtrecht en civiel recht) met hun verschillende doelstellingen en achtergronden (waarover § 2 hierboven), aan beide criteria dezelfde inhoud toekomt.

Van groot belang in dit verband is de onderstaande overweging van de Hoge Raad, verband houdend met de ontkennende beantwoording van de vraag of kosten van een tuchtrechtelijke procedure aangemerkt kunnen worden als redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder b BW:¹⁹

'Evenzo kan het oordeel van de tuchtrechter over het handelen van een beroepsbeoefenaar in een civiele procedure een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is (vgl. HR 12 juli 2002, *RvdW* 2002, 122 [*NJ* 2003, 151]), en deze omstandigheid kan een belanghebbende (mede) aanleiding geven een klacht in te dienen, maar dit betekent niet dat een tuchtprocedure tot doel heeft de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar vast te stellen. In dit verband is van belang dat bij de beoordeling van de vraag of een tuchtklacht gegrond is andere maatstaven worden gehanteerd dan bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid, alsmede dat de mede ter bescherming van een gedaagde in een civiele procedure strekkende bewijsregels niet gelden in een tuchtprocedure.'

De Hoge Raad spreekt hier duidelijk uit dat voor de gegrondverklaring van een tuchtklacht *andere maatstaven* gelden dan voor het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Voorts wijst hij erop dat de in de civiele procedure geldende bewijsregels ervoor zorgen dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet zonder meer vertaald kan worden in civielrechtelijke aansprakelijkheid. Op deze punten wordt hieronder nader ingegaan.

18 Zie voor dit criterium (met betrekking tot de aansprakelijkheid van een arts) HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*).

19 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 (*Portielje/notaris Y.*), r.o. 3.3.

4.1 Andere maatstaven: is het tuchtrecht strenger dan het civiele recht?

Wanneer met de Hoge Raad aangenomen moet worden dat in het tuchtrecht andere maatstaven gelden dan in het civiele aansprakelijkheidsrecht, dan is de eerste mogelijkheid dat het tuchtrecht, in bepaalde omstandigheden, strenger is dan het civiele recht. De vraag moet daarom beantwoord worden of het denkbaar is dat een handelen of nalaten van de notaris niet onrechtmatig is (of een toerekenbare tekortkoming vormt), maar wel tuchtrechtelijk laakbaar. Pleysier wijdt aan deze mogelijkheid een interessante gedachte.²⁰

‘Dat laatste is, puur dogmatisch gezien, in zoverre niet geheel onbegrijpelijk omdat het recht een minimum-ethiek is, en de “eer en waardigheid van het ambt”, zoals dat vroeger heette, meer dan dat minimum kan inhouden.’

Hoewel dit op het eerste gezicht een aansprekende benadering is, gaat zij naar mening niet op omdat de tuchtnorm en civiele aansprakelijkheidsnorm constant naar elkaar toe groeien. De civiele rechter toetst het gedrag van de notaris aan dat van een ‘redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot’. Een dergelijke vakgenoot zal zijn gedrag mede laten bepalen door de geldende tuchtrechtelijke normen, zodat deze normen rechtstreeks doorwerken in de civiele aansprakelijkheidsnorm.²¹

In de jurisprudentie (Hof Amsterdam 9 maart 1995) treft men echter wel een voorbeeld aan van een geval waarin de tuchtrechter (voor registeraccountants) een strengere maatstaf aanlegt dan de civiele rechter. In deze zaak verklaart de Raad van Tucht en (in hoger beroep) de Raad van Beroep van het Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA) een klacht ten aanzien van het opstellen van een (naar de mening van de klagers) onvolledige overnamebalans, gedeeltelijk gegrond. In het civiele geding overweegt het Hof hieromtrent:²²

‘Voorzover niettemin bij de vaststelling van de overname-balans een voorbehoud had dienen te worden gemaakt inzake de nog te schatten tegenwaarde van de belastingschuld (de tuchtrechter is hiervan uitgegaan) kan de nalatigheid ter zake niet een verwijt opleveren van dien aard dat daarop wanprestatie of een onrechtmatige daad kan worden gegrond, zoals door appellanten voorgestaan.’

De Hoge Raad bekrachtigt dit oordeel van het Hof in de volgende – meer algemene – bewoordingen:²³

20 W.G. Huijgen en A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001, p. 57.

21 Zie in deze zin ook T. Hartlief, ‘Rechtspraak’, *A&V* 1997, p. 54.

22 Hof Amsterdam 9 maart 1995, r.o. 4.13, te kennen uit HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151 (NTK/Paardekooper & Hoffman).

23 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151 (NTK/Paardekooper & Hoffman), r.o. 3.5.

‘Vooropgesteld moet worden dat een ontkennend antwoord van de tuchtrechter op de vraag of overeenkomstig een voor het desbetreffende beroep geldende norm is gehandeld, de burgerlijke rechter niet dwingt tot het oordeel dat sprake is van wanprestatie of van een onrechtmatige daad. Het Hof heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet reeds op grond van de uitspraken van de tuchtcolleges van het NIVRA aan te nemen dat Schrijver en De Rave [de registeraccountants] wanprestatie hebben gepleegd of onrechtmatig hebben gehandeld.’

Men kan deze overweging zo lezen dat de Hoge Raad (anders dan het Hof) niet zozeer tot uitdrukking brengt dat de tuchtrechtelijke norm strenger kan zijn dan de civielrechtelijke, maar dat hij slechts wijst op de mogelijkheid dat de tuchtrechter en de civiele rechter *aan de hand van dezelfde norm* mogelijk tot een verschillende beoordeling kunnen komen.

4.2 Andere maatstaven: is het civiele recht strenger dan het tuchtrecht?

De tweede mogelijkheid die onderzocht moet worden, is of het civiele aansprakelijkheidsrecht – onder bepaalde omstandigheden – wellicht strengere eisen stelt dan het tuchtrecht. Gezien het verschil in achtergrond van het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht valt hier zeker iets voor te zeggen. Het tuchtrecht is primair gericht op de vorming van het oordeel of er termen zijn het gedrag van een beroepsbeoefenaar af te keuren. In het civiele aansprakelijkheidsrecht gaat het niet primair om een oordeel over het gedrag de beroepsbeoefenaar, maar om de vraag of er redenen zijn om de door de gelaedeerde geleden schade (gedeeltelijk) op de beroepsbeoefenaar af te wentelen. Tegen deze achtergrond kan ik mij verenigen met de opmerking van Tjittes dat

‘civielrechtelijke onzorgvuldigheid (...) in veel gevallen eerder [zal] worden aangenomen dan tuchtrechtelijke onzorgvuldigheid, omdat bij civielrechtelijke aansprakelijkheid persoonlijke verwijtbaarheid minder voorop staat’.²⁴

Dezelfde gedacht treft men aan bij A-G Keus in zijn conclusie voor een medische aansprakelijkheidszaak (HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151):

‘In het burgerlijk recht staan de individuele belangen van de patiënt en de gevolgen van de fout voor de patiënt centraal. Dezelfde fout die een tuchtrechtelijke toetsing doorstaat, kan naar burgerlijk recht zeer wel tot aansprakelijkheid leiden.’²⁵

24 R.P.J.L. Tjittes, ‘Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid’, *AA* 1995, p. 107.

25 Conclusie nr. 2.11. Opgemerkt moet worden dat in de tuchtzaak die in het arrest een rol speelde, nog getoetst was aan de oude algemene medische tuchtnorm waarin het erom ging of sprake was van ‘handelingen die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnen, of (...) [van] nalatigheid, waardoor ernstige schade ontstaat voor een persoon

Een voorbeeld van een geval waarin civielrechtelijke aansprakelijkheid werd aangenomen, zonder dat (naar moet worden aangenomen) sprake was van tuchtrechtelijk laakbaar handelen, vindt men in het Baarns beslag-arrest.²⁶ Op 10 augustus 1977 wordt een notariële akte verleden, houdende de levering van een onroerend goed. Onmiddellijk daarna maakt de betrokken notaris de door de koper bij hem gestorte koopsom ad f 690.000,- voor een gedeelte telefonisch over naar de eerste hypotheekhouder (waarmee diens vordering op de verkoper geheel is voldaan) en voor een gedeelte naar de makelaar van de verkoper. Het restant ad f 269.221,58 wordt aan de verkoper uitbetaald. Eveneens op 10 augustus legt de Ontvanger executoriaal beslag op het onroerend goed in verband met een belastingschuld van de verkoper van f 161.387,50. Op 11 augustus 1977 vindt inschrijving van de leveringsakte in de openbare registers plaats. De koper voldoet de belastingschuld van de verkoper om het onroerend goed vrij te maken van het beslag. Vervolgens stelt hij de notaris aansprakelijk op grond van wanprestatie, verband houdend met het feit dat hij de koopsom heeft uitbetaald voordat hij zich ervan had vergewist dat het onroerend goed – zoals overeengekomen tussen koper en verkoper – ‘vrij van hypotheken en beslagen en inschrijvingen daarvan’, op de koper was overgegaan. De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het Hof dat sprake is van wanprestatie van de notaris. Hij ziet het als taak van de notaris om ter bescherming van de koper de doorbetaling van de koopprijs aan de verkoper op te houden totdat zekerheid bestaat omtrent de levering vrij van hypotheken en beslagen. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af – en dat is voor dit betoog van belang – dat het in 1977 notarieel gebruik was dat in een geval als het onderhavige de (restant) koopsom terstond aan de verkoper werd uitbetaald, voordat de leveringsakte in de openbare registers was ingeschreven.

In verband met de verhouding tussen het tuchtrecht en het civiele recht is ook het aan het begin van deze paragraaf vermelde arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 van groot belang. De centrale overweging uit dit arrest luidt als volgt:²⁷

‘(...) vooropgesteld [wordt] dat de rechter, indien hij bij de beoordeling van medisch handelen van een arts komt tot een oordeel dat afwijkt van het oordeel dat de tuchtrechter heeft gegeven naar aanleiding van een klacht met betrekking tot datzelfde medisch handelen, zijn oordeel zodanig dient te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan een motivering met behulp van verklaringen van een of meer, zo nodig door de rechter te benoemen, deskundigen.’

(...) of (...) van grove onkunde’ (art. 1 Medische Tuchtwet). De huidige tuchtnorm van art. 47 lid 1 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, sluit qua formulering nauwer aan bij de civiele aansprakelijkheidsnorm.

26 HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56.

27 HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151 (*Stichting A./E.*), r.o. 3.6.3.

Dit citaat wekt de indruk dat de Hoge Raad de medische tuchtnorm en civiele aansprakelijkheidsnorm vereenzelvigd. De civiele rechter wordt weliswaar de bevoegdheid gegeven om tot een eigen oordeel te komen, maar het lijkt dan slechts te gaan om het oordeel of de tuchtrechter terecht heeft vastgesteld dat de norm is overtreden. Aangezien de civiele rechter op medisch gebied een leek is, behoeft de afwijking van het oordeel dat door deskundigen geveld is (de medische tuchtrechter) de ondersteuning door andere deskundigen.

De gewekte suggestie van de vereenzelviging van de tuchtnorm en de aansprakelijkheidsnorm wordt echter ongedaan gemaakt door het minder dan een half jaar later gewezen arrest van 10 januari 2003, waarvan de belangrijkste overweging hierboven (aan het begin van § 4) is geciteerd. De essentie van deze overweging is dat bij de beoordeling van de vraag of een tuchtklacht gegrond is, *andere maatstaven* worden gehanteerd dan bij de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het is in verband hiermee een gemiste kans dat de Hoge Raad in het arrest van 12 juli 2002 niet heeft overwogen dat een afwijking van het oordeel van de tuchtrechter ook gemotiveerd kan worden met een beroep op het feit dat het verwijt dat de beroepsbeoefenaar treft te gering is voor de gegrondverklaring van de tuchtrechtelijke klacht, maar niet voor het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

4.3 Verschillende bewijsregels

De Hoge Raad wijst in zijn arrest van 10 januari 2003 (*Portielje/notaris Y.*) niet alleen op de verschillende maatstaven, maar ook op de verschillende *bewijsregels* die gelden in de tuchtprocedure en de civiele procedure. Het tuchtrecht is meer dan het civiele recht gericht op waarheidsvinding en in verband hiermee is de tuchtrechter niet gebonden aan bepaalde in het civiele procesrecht geldende formele bewijsregels. Te denken valt aan art. 149 lid 1 Rv (de rechter baseert zich in beginsel slechts op feiten die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de geldende voorschriften zijn komen vast te staan), art. 150 Rv (wie stelt, bewijst) en art. 154 Rv (over gerechtelijke erkenning op grond waarvan de waarheid van een stelling van de wederpartij komt vast te staan²⁸). Ook kent het civiele procesrecht – anders dan het tuchtrecht – de regel dat bepaalde bewijsmiddelen dwingend bewijs opleveren, hetgeen wil zeggen dat de rechter verplicht is de inhoud daarvan als waar aan te nemen, behoudens tegenbewijs (art. 151 Rv). Voor het overige is de civiele rechter, evenals de tuchtrechter, vrij in de waardering van het bewijs (art. 152 lid 2 Rv). Dit laatste brengt mij op een

28 Zie ook art. 149 lid 1 (tweede zin) Rv: 'Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.'

punt dat hierboven in noot 12 al even werd aangestipt. Los van het al dan niet van toepassing zijn van bepaalde formele bewijsregels (en los van de eventuele verschillen in de te hanteren maatstaven), geldt dat de tuchtrechter en de civiele rechter autonoom zijn. Dit betekent onder meer dat zij hetzelfde feitencomplex verschillend kunnen beoordelen.²⁹

4.4 De betekenis van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in de tuchtprocedure en de civiele procedure

Een vraag die in het kader van het verschil tussen de tuchtprocedure en civiele procedure nog aan de orde moeten komen, is of in beide procedures verschillende regels gelden met betrekking tot de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de notaris. Wanneer deze vraag bevestigend beantwoord moet worden, dan betekent dit dat in de ene procedure meer informatie boven tafel gebracht kan worden dan in de andere. Deze informatie zou vervolgens in die andere procedure gebruikt kunnen worden. Het geldend recht op dit terrein is nog niet volledig uitgekristalliseerd. Alvorens op de vraag in te gaan, worden hieronder eerst enkele uitgangspunten op een rij gezet.

- a. In de tuchtrechtspraak van het Hof Amsterdam van 23 februari 2006 (*LJN AV3044*) vindt men de volgende overweging:

‘Het hof stelt voorop dat – gelet op art. 22 Wna – de notaris in het maatschappelijk leven een zodanige vertrouwensfunctie vervult, dat de aan zijn ambt verbonden geheimhoudingsplicht in beginsel zich ook uitstrekt tot het recht om zich te verschonen van het afleggen van een verklaring voor de (tucht)rechter. Of de notaris in geval van een tegen hem aangespannen tuchtprocedure de bevoegdheid heeft zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken kan hier buiten beschouwing blijven.’

- b. Volgens HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 47 (Herengrachtparkeerders) komt aan de notaris ook het verschoningsrecht toe wanneer hij als partijgetuige wordt opgeroepen (art. 164 Rv). De Hoge Raad overweegt in r.o. 4.1.4:

‘Het onderdeel voert nog wel aan dat dit leidt tot een uitkomst die vanuit een oogpunt van de gelijkwaardigheid van procespartijen onaanvaardbaar is, maar dit betoog ziet eraan voorbij dat de notaris zich als partijgetuige nu eenmaal in die zin van een “gewone” partijgetuige onderscheidt dat zijn vrijheid om te getuigen wordt begrensd door bedoeld maatschappelijk belang [het belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot bepaalde vertrouwenspersonen kan wenden], een begrenzing die voor

²⁹ Zie voor een voorbeeld van een geval waarin de civiele rechter zijn van de tuchtrechter (Raad van Discipline) afwijkende oordeel mede baseert op een verschillende visie op de feiten, Hof ‘s-Gravenhage 11 december 1996, *NJ* 1997, 552.

de notaris als procespartij zowel positieve als negatieve gevolgen kan hebben. Het Hof heeft derhalve met juistheid geoordeeld dat een notaris ook indien hij als partijgetuige wordt gehoord zich kan beroepen op het verschoningsrecht (...)'.

- c. In het kader van zijn toezichthoudende taak heeft de voorzitter van de Kamer van Toezicht (of de met een onderzoek belaste plaatsvervangend voorzitter) op grond van art. 96 lid 3 en 4 Wna de bevoegdheid om de notaris om inlichtingen te vragen en te verlangen dat hij inzage geeft in alle relevante stukken, waaronder ook de tot het protocol behorende akten. Ook in het advocatentuchtrecht ziet men dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht wijken in het kader van het tuchtrechtelijk onderzoek. Regel 37 Gedragsregels voor advocaten 1992 bepaalt:

'Bij een tuchtrechtelijk onderzoek of een verzoek om informatie van de deken dat met een mogelijk tuchtrechtelijk onderzoek of een aan de deken opgedragen controle verband houdt is de advocaat tegen wie het onderzoek of de controle is gericht, verplicht alle gevraagde inlichtingen aanstonds te verstrekken, zonder zich op zijn geheimhoudingsplicht te kunnen beroepen, behoudens in bijzondere gevallen.'

In mijn optiek zou de hoofdregel moeten zijn dat de notaris zowel in de tuchtprocedure als in de civiele procedure niet gebonden is aan zijn geheimhoudingsplicht en zich niet kan beroepen op zijn verschoningsrecht indien hij door een cliënt wordt aangesproken en indien het gaat om gegevens die louter de betrokken cliënt aangaan en die tevens van belang zijn voor de uitkomst van de procedure.³⁰ Wanneer onder deze omstandigheden met betrekking tot deze gegevens wel de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zouden gelden, dan zouden deze regelingen hun doel voorbij schieten. Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht dienen het algemeen belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot bepaalde vertrouwenspersonen kan wenden.³¹ Het is moeilijk voorstelbaar dat iemand zich in zijn uitlatingen jegens een vertrouwenspersoon geremd voelt, enkel vanwege het feit dat *op zijn eigen initiatief* op enig moment vertrouwelijke gegevens aan het licht kunnen komen in een (tuchtrechtelijke of civiele) procedure waarin moet worden aangetoond dat de vertrouwenspersoon een fout heeft gemaakt.³²

30 Vgl. C.A. Kraan, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', in: *Meer spreken, minder zwijgen?* (preadvies KNB 2007), p. 82 en J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken* (diss. Leiden 1975), p. 285. Vgl. verder (enkel betrekking hebbend op het tuchtrecht) J.B.M. Vranken, 'Het professionele (functionele) verschoningsrecht' (preadvies NJV 1986), p. 76 en F.A.W. Bannier, in: F.A.W. Bannier (e.a.), *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Den Haag: Sdu 2008, p. 44 en p. 87.

31 HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (*Ogem/notaris Maas*), r.o. 3.1.

32 Vgl. J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken* (diss. Leiden 1975), p. 285.

De bovenstaande zienswijze is niet in strijd met de tuchtrechtspraak van Hof Amsterdam van 23 februari 2006 of met het Herengrachtparkeerders-arrest. In die gevallen ging het namelijk om vertrouwelijke informatie die (mede) anderen betrof dan degene die het geding tegen de notaris aanspande. Het lijkt mij juist dat dan de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht onverkort van kracht blijven, zowel in de civiele procedure als in de tuchtprocedure.³³ Een doorbreking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht (ook wanneer het door derden toevertrouwde informatie betreft), komt men echter wel tegen in de onderzoeksfase van het tuchtproces (zie art. 96 lid 3 en 4 Wna en Regel 37 Gedragsregels voor advocaten 1992). De aldus verkregen informatie kan in enige vorm doorwerken in de uiteindelijke uitspraak van de tuchtrechter.

De civiele rechter die vervolgens over de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar moet oordelen, kan op grond van de uitspraak van de tuchtrechter beschikken over informatie die in het civiele proces – in verband met de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht ten aanzien van gegevens die (mede) derden betreffen – niet boven water had kunnen komen. De gedachte zou kunnen rijzen dat een tuchtzaak om deze reden een ideaal voorportaal is van een civielrechtelijke procedure. Men dient dan echter te bedenken dat een onderzoek als bedoeld in art. 96 lid 3 en 4 Wna geen middel is dat ter vrije beschikking van een individuele klager staat. In beginsel bepaalt de voorzitter van de Kamer van Toezicht of hij het in het kader van zijn toezichthoudende taak nodig acht om onderzoek te gelasten. Hij is hiertoe echter verplicht wanneer het bestuur van de KNB of het bestuur van het Bureau Financieel Toezicht daarom verzoekt (art. 96 lid 2 Wna).

5 SLOTOPMERKINGEN; SCHADEVERGOEDING IN EEN TUCHTPROCEDURE?

In het Portielje-arrest³⁴ brengt de Hoge Raad duidelijk tot uitdrukking dat in het tuchtrecht andere maatstaven gelden dan in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Dit verschil kan – evenals het verschil in de in beide procedures geldende bewijsregels – worden teruggevoerd op het verschil in doelstelling tussen de beide regelstelsels. Het tuchtrecht dient primair het algemeen belang van een goede beroepsuitoefening terwijl het civiele aansprakelijkheidsrecht gericht is op het individuele belang van schadevergoeding. In dit licht wekt het verbazing dat het kabinet voornemens is de tuchtrechter de bevoegdheid

33 Anders J.C.H. Melis, *De Notariswet* (bewerkt door B.C.M. Waaijer), Deventer: Kluwer 2003, p. 243 waar men leest: 'Het met het tuchtrecht gediende maatschappelijk belang van een deugdelijk functionerend notariaat dient *in beginsel* te prevaleren boven het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besproken om advies en bijstand tot de notaris moet kunnen wenden.'

34 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537.

te verlenen tot een bepaald bedrag (€ 5.000,-) schadevergoeding toe te kennen aan de klager.³⁵ Hoe valt dit te rijmen met de wezenlijke (maar soms subtiële) verschillen tussen het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht?³⁶ Vooropgesteld moet worden dat het kabinet de kwestie vanuit een praktisch oogpunt beziet. Het stelt vast dat een tuchtrechtelijke veroordeling vaak een opmaat is voor een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure. Deze stapeling van procedures wordt als onwenselijk beschouwd en bij kleinere financiële belangen wil het kabinet deze met zijn voorstel voorkomen. Het kabinet heeft blijkens de hier aan de orde zijnde brief van de Staatssecretaris van Justitie ook (enig) oog voor de problemen die samenhangen met het toekennen van schadevergoeding door de tuchtrechter. Dit blijkt in de eerste plaats uit het feit dat het kabinet kiest voor een *facultatieve* mogelijkheid van de tuchtrechter om schadevergoeding (tot een bedrag van € 5.000,-) toe te kennen. Op p. 8 van de brief van de Staatssecretaris van Justitie leest men:

‘Met het rapport Huls is het kabinet van mening dat het een facultatieve mogelijkheid moet zijn voor de tuchtrechter om een oordeel te vellen over de hoogte van de schadevergoeding. Indien de tuchtrechter dat niet aangewezen acht, is hij daar niet toe gehouden, bijvoorbeeld als het verzoek om schadevergoeding te complex van aard is.’

Naar mijn mening wordt hier te eenzijdig de aandacht gelegd bij de beoordeling van de *hoogte van schadevergoeding* als probleem waarmee een tuchtrechter kan worden geconfronteerd bij een verzoek om schadevergoeding. In het bovenstaande is gebleken dat er veel meer problemen zijn die samenhangen met de vergoeding van schade na een tuchtrechtelijke veroordeling. Problemen derhalve waarmee een tuchtrechter die overgaat tot schadevergoeding rekening moet houden en die hem kunnen doen besluiten af te zien van het toekennen van schadevergoeding. Te denken valt aan vragen van causaliteit en relativiteit. Voorts dient de tuchtrechter die schadevergoeding toekent, zich af te vragen wat in het concrete geval de betekenis is van de overweging van de Hoge Raad in het Portielje-arrest dat de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid naar andere maatstaven wordt beoordeeld en dat in de civiele procedure andere bewijsregels gelden.

35 Brief van de Staatssecretaris van Justitie van 7 december 2007, *Kamerstukken II 2007/08*, 29 279, nr. 61, p. 7-8. Voor het tuchtrecht in de gezondheidszorg wordt een uitzondering gemaakt, vanwege de aard, omvang en complexiteit van schade in de gezondheidszorg (p. 8).

36 Opgemerkt moet worden dat de Raad van Discipline onder de huidige Advocatenwet al mogelijkheid heeft om schadevergoeding aan de klager toe te kennen (art. 48b Advocatenwet). Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk echter weinig gebruik gemaakt (zie rapport Commissie Van Wijnen (24 april 2006), *Een maatschappelijke Orde*, p. 61).

Mogelijk is het kabinet op het verkeerde been gezet door het rapport Huls, waarin op p. 41-42 de zaken naar mijn mening wat te eenvoudig worden voorgesteld:

‘Daar waar de tuchtrechtelijke regelingen geen voorziening kennen voor het toekennen van schadevergoeding zal, nadat de tuchtrechter heeft geoordeeld dat een beroepsbeoefenaar tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld, de klager een schadevergoedingsprocedure kunnen starten bij de civiele rechter. Hierbij geldt dan de zogenaamde omkeringregeling. De civiele rechter gaat er hierbij vanuit dat de tuchtrechter de feiten heeft bekeken en dat de tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van de gedraging van de beroepsbeoefenaar vast staat. De betrokkene kan redenen aanvoeren waarom de schade niet (volledig) voor zijn/haar rekening behoort te komen, maar uiteraard heeft het oordeel van de tuchtrechter veel gewicht.’³⁷

Het kabinet wijst er ook op dat indien de tuchtrechter wél gebruik maakt van zijn bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen, dit niet afdoet aan de bevoegdheid van de gewone rechter om te oordelen over schadevergoeding op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Dit is mede van belang in verband met art. 112 lid 1 Grondwet, dat bepaalt dat de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen is opgedragen aan de rechterlijke macht. Het kabinet wijdt in verband met dit grondwetsartikel een interessante beschouwing aan de aard van de schadevergoeding die door een tuchtrechter wordt toegekend.³⁸

‘Tuchtrechtelijke colleges behoren niet per definitie tot de rechterlijke macht. Het kabinet meent op voorhand dat een geschil dat ter beoordeling voorligt bij de tuchtrechter kan worden beschouwd als niet ontstaan uit een burgerlijke rechtsbetrekking. Het gaat bij de tuchtrechter immers niet om de contractuele aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar jegens zijn cliënt, maar om de vraag of de beroepsbeoefenaar in zijn beroepsuitoefening voldoet aan de publieke eisen die daaraan worden gesteld. Het gaat bij het wettelijk tuchtrecht dus om het openbaar belang gemoeid met een goede beroepsuitoefening. Zo zal ook schadevergoeding toe te kennen door de tuchtrechter geen betrekking kunnen hebben op de civielrechtelijke aansprakelijkheid op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad, maar zal zij verband moeten houden met de publieke aard van het tuchtrecht.’

Uit deze enigszins gekunstelde gedachtegang blijkt in ieder geval duidelijk dat het kabinet zich bewust is van de eigen aard van tuchtrecht. Ook de tuchtrechter aan wie de bevoegdheid wordt verleend schadevergoeding toe te kennen zal zich goed bewust moeten zijn van de in deze bijdrage besproken verschillen tussen het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht. Wellicht

37 Rapport van de werkgroep tuchtrecht (Den Haag, 7 december 2006), *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport Huls), p. 41-42. Op welke ‘omkeringregeling’ hier bedoeld wordt, is mij niet duidelijk.

38 Zie p. 8 van de hierboven in noot 35 vermelde brief van de Staatssecretaris van Justitie.

leidt dit er toe dat hij – evenals thans de tuchtrechter van de advocaten – niet of slechts zeer terughoudend gebruik zal maken van deze bevoegdheid.

De vraag die tot slot nog rijst, is of de aan de tuchtrechter te verlenen bevoegdheid om aan de klager schadevergoeding toe te kennen, ook de bevoegdheid inhoudt om de beroepsbeoefenaar de kosten van de tuchtprocedure te laten vergoeden indien de klacht gegrond wordt verklaard. Het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt geen ruimte voor vergoeding van deze kosten.³⁹ In het licht van het grote maatschappelijke belang van een goed functionerend tuchtrecht, zou ik van de vergoeding hiervan in het kader van het tuchtproces geen tegenstander zijn.⁴⁰

39 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 (*Portielje/notaris Y.*): '(...) als uitgangspunt moet worden aanvaard dat een tuchtrechtelijke procedure niet kan worden aangemerkt als een redelijke maatregel ter vaststelling van aansprakelijkheid, zodat niet kan worden gezegd dat de kosten daarvan redelijke kosten zijn ter vaststelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:96 lid 2, onder b.' Zie ook het vervolg op deze uitspraak in HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 324: 'Dit brengt mee dat deze kosten gelet op de aanhef van artikel 6:96 lid 2 BW geen vermogensschade vormen, zodat zij ook niet als (vermogens)schade op de voet van artikel 6:98 BW voor vergoeding in aanmerking komen.'

40 Zie ook mijn bijdrage in *JBN* 2005, nr. 62.

13 | Van maatman (m/v) naar maatwerk in het gezondheidsrecht

A.C. Hendriks[■]

1 INLEIDING

Wie is de maatman (m/v) in het gezondheidsrecht, het recht dat betrekking heeft op de gezondheidszorg? Een onderzoek naar de menselijke maatstaf in de zorg betekent al snel een studie naar het heersende beeld van de gemiddelde patiënt.¹ Gezondheidszorg is immers gericht op het 'goed zorgen' voor patiënten.² In het verlengde daarvan neemt het patiëntenperspectief een centrale plaats in binnen het gezondheidsrecht.³

Het gezondheidsrecht houdt zich evenwel met meer bezig dan het bestuderen van de (rechts)positie van patiënten. Gezondheidszorg veronderstelt immers ook de aanwezigheid van zorgaanbieders⁴ en zorgverzekeraars.⁵ Voor een goed begrip van de gezondheidszorg, en de wijze waarop patiënten daarvan gebruik kunnen maken, is voorts aandacht nodig voor (de rol en verantwoordelijkheid) van naasten/vertegenwoordigers, zaakwaarnemers,⁶ cliëntenraden, klachtenfunctionarissen, bestuurders van zorginstellingen, toezichthouders, degenen die zijn belast met het verstrekken van vergunningen voor nieuwe genees- en hulpmiddelen, geschilbeslechtters *et cetera*.

Met betrekking tot sommige van deze actoren is grotendeels helder welke eisen aan hen worden gesteld, en daarmee ook wie als maatman fungeert.

■ A.C. Hendriks is bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden, en ondervoorzitter van de Commissie gelijke behandeling (CGB) te Utrecht. Bij het schrijven van deze bijdrage is dankbaar gebruik gemaakt van het boek *Gezondheidsrecht* onder redactie van D.P. Engberts & L.E. Kalkman-Bogerd, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006.

1 In het navolgende gebruik ik de term 'patiënt' ter aanduiding van personen met een zorgvraag. Deze term is niet optimaal, reden waarom in beleidsdocumenten in toenemende mate wordt gesproken over 'cliënten' en '(zorg)consumenten'. Ook aan deze begrippen kleven echter nadelen.

2 A. Mol, *De logica van het zorgen. Actieve patiënten en de grenzen van het kiezen*, Amsterdam: Van Gennep 2006, p. 7.

3 H.D.C. Roscam Abbing, *Zorgen voor de patiënt van morgen* (afscheidscollege UU), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 1.

4 Natuurlijke en rechtspersonen die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verlenen. In het navolgende worden de termen zorgaanbieder en hulpverlener door elkaar gebruikt.

5 Een verzamelterm voor aanbieders en uitvoerders van de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ), de Zorgverzekeringswet (Zvw) en aanvullende ziektekostenverzekeringen.

6 Ktr. Haarlem 24 januari 2007, L/JN AZ7471 en Ktr. Rotterdam 15 april 2008, *Gezondheidszorg Jurisprudentie* (hierna: GJ) 2008, 69, L/JN BD0412.

Zo bepaalde de Hoge Raad in 1990, dat een hulpverlener de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelende vakgenoot mag worden verwacht.⁷ Deze standaard vormt de kern van de later in de wet neergelegde eis van het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Aan de hand van dit criterium wordt onder andere de tucht- en civielrechtelijke aansprakelijkheid van hulpverleners onderzocht.⁸ Voor wat betreft de meeste andere bij de gezondheidszorg betrokken (natuurlijke en rechts)personen is doorgaans evenwel minder duidelijk wie als maatman fungeert, althans wat van die personen wordt verwacht,⁹ ondanks algemene wettelijke kwalificaties als ‘goed vertegenwoordiger’¹⁰ en de op deze beroepsbeoefenaren en zorginstellingen rustende verplichting tot het leveren van ‘verantwoorde zorg’.¹¹

Het zou interessant zijn voor al deze (natuurlijke en rechts)personen in de gezondheidszorg te onderzoeken of er sprake is van een maatman en, zo ja, wie de beoefenaars van het (gezondheids)recht dan voor ogen hebben. Mede vanwege de toegemeten omvang voor deze bijdrage beperk ik mij in het navolgende echter tot het analyseren van de ‘maatpatiënt’. Daarbij laat ik de niet onbelangrijke vraag waar nu de grens ligt tussen ziek en gezond, voor zover daartussen een heldere lijn valt te trekken, buiten beschouwing. Ook personen die thans gezond (menen te) zijn hebben op enig moment een zorgvraag.

Doel van dit artikel is te achterhalen of gezondheidsrechtjuristen en anderen die zijn betrokken bij de (normering van de) gezondheidszorg een bepaald beeld hebben van de zorgontvanger indien zij spreken over ‘de patiënt’. Hoe dient, om met Kluun te spreken, een dokter aan te kijken tegen een vrouw (of man) bij hem komt?¹² En hoe moet/mag die arts die patiënt dan behandelen? Afgaan op hetgeen die patiënt zegt of het eigen professionele oordeel volgend?

Ter beantwoording van die vragen ga ik als volgt te werk. Allereerst sta ik stil bij het dominante mensbeeld in het (gezondheids)recht over de patiënt en de wijze waarop het gezondheidsrecht aan de verwezenlijking hiervan tracht bij te dragen (§ 2). Aansluitend bespreek ik de belangrijkste rechten van de patiënt (§ 3), de zorg en behandelwijze waarop hij aanspraak maakt (§ 4) en enige recente ontwikkelingen (§ 5) om uiteindelijk tot beantwoording te komen

7 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26, TvGR 1991, 18.

8 CTG 3 september 2007, nr. 2006/121, *Medisch Contact* (hierna: MC) 2007, p. 1998 en, m.b.t. de civielrechtelijke aansprakelijkheid, HR 28 september 2007, NJ 2007, 523, GJ 2007, 166, LJN BA4127 en HR 19 oktober 2007, LJN BB4770.

9 Bij hulpverleners is dat evenmin altijd duidelijk. Vgl. R.B. Baker, H.A. Washington, O. Olakanmi e.a., ‘Afro American Physicians and Organized Medicine’, *Journal of the American Medical Association* 10 juli 2008.

10 Zie bijv. art. 7:465 lid 5 BW inzake de eis van de goed vertegenwoordiger.

11 Art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen (KZI) en art. 40 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

12 Kluun, *Komt een vrouw bij de dokter*, Amsterdam: Podium 2003.

van de vraag of het gezondheidsrecht uitgaat van één specifieke maatpatiënt en, zo ja, wie dat dan is (§ 6).

2 MENSBEELD

De opkomst van het gezondheidsrecht, in de tweede helft van de vorige eeuw, valt samen met de toegenomen belangstelling voor de (rechts)positie van de patiënt. Sinds de jaren zestig werd in toenemende mate de behoefte gevoeld de patiënt rechten toe te kennen. De wens om het recht in te zetten ter versterking van de positie van de patiënt gold in het bijzonder jegens diegenen die beroepshalve 'goed zorgen' voor patiënten, waaronder artsen. Illustratief in dezen is de (Leidse) oratie van Rang in 1973, getiteld: 'Patiëntenrecht'. Rang, de eerste hoogleraar gezondheidsrecht in Nederland, riep tijdens zijn intrede op tot de systematische bestudering van het gezondheidsrecht, in het bijzonder het patiëntenrecht.¹³ Deze ontwikkelingen getuigen niet alleen van een nieuwe, bijna instrumentele visie op het recht, maar ook van een ander beeld van de patiënt. Gezondheidsrecht en mensbeeld lijken daarmee onlosmakelijk met elkaar verbonden.

De patiënt is door zijn hulpvraag en kennisachterstand kwetsbaar alsmede afhankelijk van zorgaanbieders. Hoe paradoxaal dit ook klinkt, dit verklaart in een notendop de gevoelde noodzaak de patiënt beter te beschermen tegen diezelfde zorgaanbieders. In plaats van paternalisme, zonder inspraak van de betrokkene, ontstond een roep om erkenning van het recht van de patiënt om zelf weloverwogen te kunnen beslissen¹⁴ (persoonlijke autonomie of individuele zelfbeschikking¹⁵). Het door middel van het recht bieden van ongelijkheidscompensatie werd voorts nodig geacht ter waarborging van de gelijke toegang tot zorg en het anderszins verzekeren van de fundamentele rechten van de patiënt. Het gevolg was een omvangrijke, welhaast revolutionaire wetgevingsoperatie,¹⁶ die onder meer heeft geresulteerd in de totstandkoming van de wettelijke regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst¹⁷ (Titel 7, Afdeling 7 van Boek 7 van het BW, veelal en hierna aangeduid als WGBO¹⁸) en de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische

13 J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie UL), Leiden: Stafleu 1973.

14 H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt* (oratie UU), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 1994.

15 Uitvoeriger hierover A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks & M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008, p. 2-18.

16 F.C.B. van Wijmen, *Een kleine mooie ritselende revolutie* (afscheidsrede UM), Maastricht: Universiteit Maastricht 2006.

17 *Stb.* 1994, 834. In werking getreden op 1 april 1995.

18 Hartlief heeft natuurlijk volkomen gelijk dat het (blijven) spreken van WGBO ten onrechte suggereert dat we hier te maken hebben met een zelfstandige wet en dat de inbedding in het BW daardoor uit het oog dreigt te worden verloren, T. Hartlief, 'De staat van het

ziekenhuizen (Wet BOPZ).¹⁹ Deze laatste wet diende overigens ter vervanging van de uit 1884 stammende Krankzinnigenwet, die zowel qua benaming als anderszins sterk was verouderd.

Welk mensbeeld gaat schuil achter deze wetgevingsoperatie en (de opkomst van) het gezondheidsrecht? De wetgever en het gezondheidsrecht gaan ervan uit dat de patiënt in beginsel voor zichzelf bepaalt, en wil bepalen, welke zorg bij hem past.²⁰ Deze keuzevrijheid, in de zin van het recht om vrijelijk keuzes te maken, houdt ook in dat de patiënt zorg mag weigeren, dat hij mag kiezen voor niet-reguliere behandelwijzen²¹ en dat hij (reguliere) gezondheidsadviezen mag negeren. De nadruk ligt daarmee op keuze als uiting van individualiteit en persoonlijke autonomie en niet op kwaliteit van zorg. Waarvoor de patiënt kiest en hoe de patiënt tot die keuze komt wordt van ondergeschikt belang geacht.

Naast zelfbeschikking wordt de patiënt geacht behoefte te hebben aan gelijke behandeling, in het bijzonder met betrekking tot de toegang tot de zorg, de beschikbaarheid van zorg en de (vergoeding van de) daarmee gemoeide kosten.²² Het recht op gelijke behandeling wordt ook van belang geacht met betrekking tot de kwaliteit van de zorg, de zorg en diensten waarvoor de patiënt rechtens of anderszins is verzekerd, de hoogte van de af te dragen premies, de toegang tot aan werk en aan gezondheid gerelateerde verzekeringen *et cetera*.

De patiënt werd voorts geacht belang toe te kennen aan adequate bescherming van andere fundamentele rechten, in het bijzonder het recht op privacy, het recht op lichamelijke integriteit en het recht op vrijheid (onder andere als waarborg tegen een onvrijwillige opname in een zorginstelling). De gedachte hierbij is veelal dat aan deze – primair klassieke – grondrechten ook betekenis toekomt, dan wel moet toekomen, in de horizontale arts-patiëntrelatie, al is het maar omdat deze relatie gekenmerkt wordt door een grote mate van ongelijkheid en afhankelijkheid. Zo wordt de WGBO in de gezondheidsrechtelijke literatuur aangemerkt als ‘een wettelijke regeling voor de [klassieke, AH] rechten van de mens in horizontale verhoudingen’.²³

De tussenconclusie luidt dat met de opkomst van het gezondheidsrecht, sinds de tweede helft van de vorige eeuw, het mensbeeld van de patiënt is

privaatrechtelijke gezondheidsrecht’, in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie* (Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007), Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 53-121, (70-71).

19 *Stb.* 1992, 669. In werking getreden op 17 januari 1994.

20 *Kamerstukken II* 2006/07, 28 439, nr. 18 (herdruk), p. 2. Zie ook CTG 19 april 2007, nr. 2006/166, *TvGR* 2007/20, *MC* 2007, p. 1227: ‘De autonomie staat voorop’.

21 Ook wel ‘alternatieve’ of ‘complementaire’ zorg genoemd. Vgl. KNMG, *Gedragsregel. De arts en niet-reguliere behandelwijzen*, Utrecht, 1 april 2008.

22 A.C. Hendriks, ‘Gelijke toegang tot zorg – van ideaal naar recht’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2001, p. 55-64 en J.K.M. Gevers, ‘Gelijke toegang tot zorg verzekerd?’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2005, p. 291-297.

23 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 37.

veranderd. Werd de patiënt aanvankelijk gezien als object van (goed bedoelde) zorg, sindsdien wordt hij primair beschouwd zelf te willen beslissen over de zorg die hij ontvangt (individueel zelfbeschikkingsrecht) met waarborgen voor gelijke behandeling en het genot van andere klassieke mensenrechten. Het (gezondheids)recht is mede bedoeld om aan deze verwachtingen te kunnen voldoen.

3 DE PATIËNT EN ZIJN RECHTEN

Hoe heeft bovenstaand mensbeeld uitwerking gevonden in de gezondheids- en patiëntenwetgeving? En hoe worden die rechten uitgelegd en toegepast door de (medische tucht)rechter?

De patiëntenrechten zijn in Nederland primair gecodificeerd om de patiënt zelf te kunnen laten kiezen en beslissen over zijn behandeling.²⁴ Dit komt wellicht het duidelijkst naar voren in de WGBO. De patiënt is volgens deze regeling de opdrachtgever van de hulpverlener (art. 7:446 lid 1 BW). Deze laatste kan in de regel weinig anders dan de opdracht en alle daarbij behorende patiëntenrechten – geformuleerd in termen van verplichtingen voor de hulpverlener – aanvaarden. Hij doet dit onder het beding dat niet ten nadele van de patiënt van de in de WGBO neergelegde patiëntenrechten kan worden afgeweken (art. 7:468 BW) en hij de overeenkomst slechts in geval van gewichtige redenen kan opzeggen (art. 7:460 BW). Een bijzonder staaltje van contractdwang!²⁵

Het belang dat de wetgever toekent aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt komt bovenal tot uitdrukking in de artikelen 7:448-7:450 BW. Het recht op vrije en geïnformeerde toestemming, kortweg *informed consent*, ligt besloten in de op de hulpverlener rustende verplichting de patiënt toestemming te vragen alvorens hem te behandelen (art. 7:450 BW). De voor de behandeling vereiste toestemming kan slechts worden gegeven nadat de hulpverlener de patiënt 'op duidelijke wijze, en desgevraagd schriftelijk' heeft ingelicht over de behandeling (art. 7:448 lid 1 BW). *Ergo*, zonder informatie, géén rechtsgeldige toestemming.²⁶ Hiermee wordt erkend dat de patiënt alleen adequaat zelf kan beschikken indien de hulpverlener hem voorziet van de voor het nemen van een behandelingsbeslissing benodigde informatie, waaronder informatie 'ten aanzien van andere methoden van onderzoek of behandeling die in aanmerking komen' (art. 7:448 lid 2 BW). Persoonlijke autonomie, veelal gepercipieerd als een afweerrecht, wordt aldus gekoppeld aan het begrip goede zorg.²⁷

24 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 800 XVI, nr. 183, p. 2 (Beleidsbrief ethiek).

25 Uitvoerder, I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2005, p. 139-152.

26 De patiënt komt overigens ook het recht toe geen informatie te ontvangen (art. 7:449 BW).

27 Hendriks, Frederiks & Verkerk 2008.

Interessant is dat de hulpverlener zich bij het verstrekken van inlichtingen dient te laten leiden ‘door hetgeen de patiënt redelijkerwijs dient te weten’ (art. 7:448 lid 2 BW). In de tuchtrechtspraak is uitgemaakt dat de omvang van de informatieplicht samenhangt met de aard van de ingreep (meer of minder noodzakelijk), de ingrijpendheid van de behandeling, de mate waarin wetenschappelijke consensus bestaat over de behandeling en de frequentie en ernst van de risico’s.²⁸ De (veronderstelde) informatiebehoefte wordt voorts subjectief ingekleurd, in de zin dat de hulpverlener de informatievoorziening moet afstemmen op de individuele patiënt.²⁹ Deze afstemming betreft niet slechts de omvang van de informatie, maar ook de wijze van verstrekking. Zo heeft de regering bij de totstandkoming van de wet gesteld dat de hulpverlener bij het geven van informatie aan een patiënt ‘zich zoveel mogelijk moet bedienen van voor deze begrijpelijke bewoordingen.’³⁰ In het verlengde hiervan heeft de wetgever erkend dat de patiënt deze informatie, om voor hem moverende redenen, in schriftelijk vorm kan wensen te ontvangen (art. 7:448 lid 1 BW). Daarmee wordt onderkend dat het kennisniveau en de kennisbehoefte van patiënten verschillen, en daarmee ook de mogelijkheden voor hen om gebruik te maken van de persoonlijke autonomie.

Blijkens de wetsgeschiedenis brengt de eis van ‘op duidelijke wijze’ inlichten met zich dat de hulpverlener, in geval van patiënten die het Nederlands niet goed beheersen, bij het geven van informatie de hulp kunnen inroepen van iemand die de taal van de patiënt spreekt.³¹ Ingeval het Nederlands niet de moedertaal is van de patiënt (of zijn familie) rust er, aldus de tuchtrechter, een extra verantwoordelijkheid op de hulpverlener.³² De persoon wiens hulp wordt ingeroepen hoeft, blijkens de tuchtrechtspraak, overigens geen erkend tolk te zijn. Deze persoon mag ook een naaste of bekende van de patiënt zijn die het Nederlands voldoende beheerst.³³ Het niet inroepen van een erkend tolk wordt een hulpverlener dan ook niet tuchtrechtelijk verweten.³⁴ Voorts

28 CTG 24 augustus 2004, MC 2004, p. 1837 en CTG 12 juli 2005, GJ 2005, 83, TvGR 2005, 43, MC 2005, p. 1599.

29 CTG 19 april 2007, nr. 2005/189 en CTG 8 juli 2008, nr. 2006/344.

30 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3, p. 11.

31 *Idem*, p. 11. Interessant hierbij is dat voetstoots wordt aangenomen dat de hulpverlener het Nederlands machtig is. Dit is in de praktijk niet altijd het geval. Of een dergelijke taaleis mag worden gesteld is onderwerp van discussie, al is het maar omdat dit het vrijpersonenverkeer vanuit andere EU-lidstaten kan belemmeren.

32 RTG Amsterdam 13 mei 2008, GJ 2008, 86.

33 CTG 19 oktober 2006, nr. 2005/220. Opvallend is overigens dat de hulpverlener volgens het CTG blijkens de wetsgeschiedenis de hulp ‘moet inroepen’ van iemand die de taal van de patiënt machtig is, terwijl in het betreffende kamerstuk wordt gesproken over ‘kunnen’.

34 CTG 3 oktober 2006, nr. 2005/236. Interessant in dit opzicht is dat uit de rechtspraak van het EHRM blijkt, dat het niet waarborgen van goede communicatie door een taalbarrière tussen hulpverlener en patiënt soms een schending van het EVRM oplevert: EHRM 4 maart 2008, *Tastan t. Turkije*, nr. 63748/00, EHRC 2008, 60 (m.nt. J. van der Velde) en EHRM 12 februari 2008, *D. e.a. t. het VK* (ontv.besl.), nr. 38000/05, EHRC 2008, 72, GJ 2008, (m.nt. A.C. Hendriks). Zie ook Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, *Eldridge v. British*

hecht de tuchtrechter eraan dat zoveel mogelijk met de patiënt zelf wordt gecommuniceerd, ook al is de patiënt het Nederlands slechts beperkt machtig.³⁵

Het recht van de patiënt op gelijke behandeling en bescherming tegen discriminatie wordt niet gewaarborgd door de WGBO. Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod hebben evenmin uitwerking gevonden in de overige gezondheids- en patiëntenwetgeving. Hieruit kan niet de conclusie worden getrokken dat de patiënt zich iedere vorm van discriminatie moet laten welgevallen. Patiëntenrechten gelden immers in beginsel voor 'een ieder'. Hieruit volgt dat alle patiënten, in gelijke gevallen, aanspraak maken op dezelfde behandeling. Dit meer formele gelijkheidsbeginsel ligt besloten in zowel de WGBO als – in het bijzonder – de sociale- en ziektekostenverzekeringwetgeving. De sociale- en ziektekostenverzekeringwetgeving zijn daarnaast onder meer gericht op het (financieel) steunen van mensen met gezondheidsproblemen. Ergo, het waarborgen van materiële gelijkheid. Het formele en materiële gelijkheidsbeginsel zijn voorts neergelegd in artikel 1 van de Grondwet (Gw) en de algemene rechtsbeginselen en klinken door in de open normen van het civiele recht, waaronder de eis van het 'goed hulpverlenerschap'. Discriminatie bij het aanbieden van en het verlenen van toegang tot de gezondheidszorg levert ten slotte strijd op met het verbod van onderscheid zoals neergelegd in de Algemene wet gelijke behandeling (art. 7 lid 1 onder c AWGB). Bij dit laatste dient evenwel te worden aangetekend dat het verbod van onderscheid, zoals gewaarborgd door de AWGB, slecht bescherming biedt tegen discriminatie vanwege een limitatief aantal persoonlijke kenmerken³⁶ en niet – zoals bijvoorbeeld bepaald in artikel 11 van de Biogeneeskunde Conventie³⁷ – discriminatie op grond van 'genetisch erfgoed'.³⁸ Een patiënt wordt derhalve beschermd tegen discriminatie, maar zal zich daarbij vaak moeten beroepen op algemene beginselen, rechtsnormen en wettelijke bepalingen die niet expliciet erkenning hebben gevonden in de gezondheids- en patiëntenwetgeving.

Dat de patiënt naast zelfbeschikking en gelijke behandeling aanspraak maakt op bescherming van andere fundamentele rechten komt helder tot uitdrukking in de WGBO, de Wet BOPZ (onder andere regels inzake vrijheidsbeperkende maatregelen), de Wet op de medische keuringen (onder andere regels inzake keuringen die inbreuk maken op de privacy en lichamelijke integriteit) en de overige gezondheids- en patiëntenwetgeving. Zoals eerder

Columbia, [1997] 3 S.C.R. 624, een zaak die betrekking had op het niet verschaffen van een gebarentaaltolk aan een patiënt door een zorginstelling.

35 RTG Amsterdam 11 april 2006, nr. 05/234T.

36 Godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (art. 1 onder b AWGB).

37 *Trb.* 1999, 58.

38 A.C. Hendriks, 'Protection against Genetic Discrimination and the Biomedicine Convention', in: J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (red.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005, p. 207-218.

opgemerkt ligt de nadruk hier op de bescherming van klassieke grondenrechten.

De tweede tussenconclusie luidt daarmee dat de idee dat de patiënt behoefte heeft aan wettelijke bescherming ter verzekering van zijn persoonlijke autonomie, de aanspraak op gelijke behandeling en waarborging van het genot van andere fundamentele rechten, stevige verankering heeft gevonden in de patiëntenrechten, zoals die sinds de jaren negentig van de vorige eeuw zijn gecodificeerd. De nadruk in de gezondheids- en patiëntenwetgeving ligt op zelfbeschikking en andere (klassieke) grondrechten. De bescherming tegen discriminatie komt onder meer tot uitdrukking via de AWGB.

4 DE PATIËNT EN (TOEGANG TOT) GOEDE ZORG

Ter bepaling van het antwoord op de vraag wie in het gezondheidsrecht als maatpatiënt fungeert is ook van belang na te gaan op welke zorg een patiënt aanspraak maakt. Daarin klinkt immers door, zo is althans de veronderstelling, welke persoon of personen men voor ogen heeft gehad bij het vaststellen van de zorgaanspraken van patiënten en hoe we als rechtsgemeenschap vinden dat een patiënt het best kan worden behandeld.

Deze vraag valt feitelijk uiteen in twee onderdelen. Allereerst dient te worden bekeken tegen welke gezondheidsrisico's de patiënt van rechtswege is verzekerd dan wel zich particulier kan verzekeren. In de tweede plaats verdient het aanbeveling te kijken naar de vraag aan welke (kwaliteits)eisen verstrekte zorg dient te voldoen.

4.1 Toegang tot zorg

Het recht op gezondheid, zoals neergelegd in artikel 22, eerste lid, Gw en soortgelijke bepalingen in verdragen waarbij Nederland partij is, veronderstelt vanouds een grote mate van staatsbemoeyenis met zaken die verband houden met de gezondheid van mensen, waaronder de het waarborgen van de toegang tot de gezondheidszorg. Met het oog op de financiële toegankelijkheid van de zorg kennen veel landen wetten en lagere regelgeving. In Nederland zijn wat dit betreft in het bijzonder de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) en de Zorgverzekeringswet (Zvw) van belang.³⁹

De wetgever heeft in de AWBZ en de Zvw vastgelegd op welke zorg ingezetenen aanspraak (kunnen) maken. Het is, mede gelet op de met de zorg gemoeide kosten, niet mogelijk om ingezetenen een onbeperkt recht op collec-

39 De Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), een wet die in plaats is gekomen voor de Wet voorzieningen gehandicapten, de Welzijnswet en onderdelen van de AWBZ laat ik hier buiten beschouwing.

tief gefinancierde zorg toe te kennen. De van bovenaf georganiseerde saamhorigheid met anderen ('solidariteit'), waaraan Nederlanders met betrekking tot de zorg overigens veel waarde toekennen,⁴⁰ komt onder druk te staan indien de lasten ter bekostiging van het zorgsysteem te hoog worden. Dit vraagt dus om regulering van de zorgaanspraken.

Dit roept de vraag op met betrekking tot welke gezondheidsrisico's of, voor ons onderwerp, bij welk type patiënten, de overheid in ieder geval verplicht is de (financiële) toegankelijkheid van de zorg te waarborgen. In navolging van de Commissie Keuzen in de zorg (of: Commissie Dunning) wordt in Nederland algemeen aangenomen dat de overheid de omvang van het 'zorgpakket' dient te bepalen aan de hand van de criteria: noodzakelijkheid, werkzaamheid en doelmatigheid van de zorg plus de vraag of die zorg voor eigen rekening en verantwoording dient te komen van de betrokkene.⁴¹ Meer recent heeft de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) ervoor gepleit de noodzaak om zorg uit de collectieve middelen te financieren afhankelijk te stellen van de effectiviteit en de kosten van de behandeling in relatie tot de opbrengst van de behandeling, uitgedrukt in *quality adjusted life years* (QUALY's).⁴² In beide gevallen betreft het ogenschijnlijk objectieve criteria, aan de hand waarvan op rechtvaardige,⁴³ althans transparante, wijze wordt bepaald welke zorg uit collectieve middelen wordt bekostigd. Het is in beide rapporten niet goed duidelijk of de opstellers een bepaalde maatpatiënt voor ogen hebben gehad. Ook bij bestudering van de relevante bepalingen van de AWBZ, de Zvw en de uitvoeringsregelingen wordt niet duidelijk of de overheid is uitgegaan van een bepaalde patiënt. Een en ander wordt versterkt, doordat de 'noodzaak' van behandeling in een individueel geval objectief dient te worden vastgesteld aan de hand binnen de beroepsgroep ontwikkelde criteria ('medische' of 'professionele indicatie'), rekening houdend met de eisen van 'de stand van de wetenschap en praktijk' en de wetenschappelijke onderbouwing (*evidence based*) van behandelingsalternatieven.

Hierbij passen toch enkele kritische kanttekeningen. Het was reeds de Commissie Dunning die het criterium 'noodzakelijkheid' in verband bracht met de in Nederland dominante opvattingen: 'die zorg [is] noodzakelijk die individuen in staat stelt, met inachtneming van normen en waarden die in Nederland gelden, het gemeenschappelijk bestaan met andere leden van die samenleving te delen, in stand te houden en zo mogelijk te verbeteren' [curs. AH].⁴⁴

40 P.P.T. Jeurissen, *Houdbare solidariteit in de gezondheidszorg* (signalement 05/02), Zoetermeer: RVZ april 2005.

41 A.J. Dunning e.a., *Kiezen en delen; advies in hoofdzaken van de commissie Keuzen in de zorg*, Rijswijk: ministerie van WVC 1991, p. 39.

42 RVZ, *Zinnige en duurzame zorg* (advies 06/06), Zoetermeer: RVZ 2006.

43 Vgl. M.A. Verkerk, 'Zorg moet niet nuttig zijn, zorg moet ethisch zijn' (opinie), *NRC Handelsblad* 26 juli 2006. Zie ook RVZ, *Rechtvaardige en duurzame zorg* (advies 07/04), Zoetermeer: RVZ 2007.

44 Dunning 1991, p. 38.

Dit kan verklaren waarom bepaalde vormen van zorg wel zijn verzekerd (bijvoorbeeld op het terrein van de voortplantingsgeneeskunde) en andere vormen van zorg niet (bijvoorbeeld traditionele vormen van zorg en vormen van mantelzorg die volgens bepaalde culturen niet door een man of vrouw kunnen worden geboden). In onze diverse samenleving wordt de roep om erkenning – en financiering – van ‘andere’ behandelvormen steeds luider. Het rekenen in QUALY’s veronderstelt een waardering van de kwaliteit van leven van een ander, en kan al snel negatief uitpakken voor mensen met een handicap en ouderen.⁴⁵ In het verlengde hiervan kan worden betwijfeld of het altijd wel goed mogelijk is de omvang van het zorgpakket zodanig vast te stellen dat daadwerkelijk en in gelijke mate recht wordt gedaan aan de belangen van allen die zich in Nederland bevinden.

4.2 Goede zorg

Dit brengt ons bij de vraag hoe, redenerend vanuit het gezondheidsrecht, een patiënt in een concreet geval dient te worden behandeld, *casu quo* welk patiëntbeeld hierbij voor ogen stond.

Zoals opgemerkt wordt primair belang toegekend aan de persoonlijke autonomie van de patiënt: het is de patiënt die beslist of en, zo ja, hoe hij wordt behandeld op basis van door de hulpverlener te verstrekken relevante informatie (*informed consent*). Deze modaliteit van het zelfbeschikkingsrecht impliceert nog niet dat een patiënt recht heeft op iedere door hem gewenste behandelwijze. De hulpverlener is namelijk volgens de WGBO verplicht

‘bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende standaard’ (art. 7:453 BW).

Van deze eis mag een hulpverlener ter bescherming van de (gezondheids)-belangen van de patiënt niet afwijken. Dit geldt eveneens indien een patiënt expliciet verzoekt om af te wijken van de professionele standaard. In de literatuur is wel gesteld dat deze eis tevens is bedoeld om tegenspel te bieden tegen een ‘overvragende patiënt en tegen medisch “consumentisme” in negatieve zin.’⁴⁶ Het laten prevaleren van wensen van de patiënt boven deze standaard zou strijdig zijn met de medisch-professionele autonomie van hulpverleners, dat wil zeggen de vrijheid en eigen verantwoordelijkheid van de leden

45 A.C. Hendriks, ‘Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg’, in: A. Wagemakers, P. van der Wijk & P. Francissen (red.), *Wanneer is het leven te kostbaar? Leeftijd en kosten-effectiviteit in de gezondheidszorg*, Amsterdam: Boom 2000, p. 67-80.

46 J.G. Sijmons, *De stimulerende middelen van de wetgever* (oratie UU), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 19.

van de medische beroepsgroep, uitgaande van deskundigheid en professionaliteit.⁴⁷

De civielrechtelijke eis van het 'goed hulpverlenerschap' komt overeen met de in de eerste paragraaf aangehaalde bestuursrechtelijke verplichting tot het bieden van 'verantwoorde zorg'.⁴⁸ Ook van deze norm mag niet worden afgeweken, evenmin op verzoek van de patiënt.

Wat wordt nu precies verstaan onder 'verantwoorde zorg', een criterium dat inhoudelijk overeenkomt met de eis van het goed hulpverlenerschap?⁴⁹ En is hierbij mede van belang met welke patiënt zorgaanbieders te maken hebben?

Het begrip verantwoorde zorg is in de KZI als volgt omschreven: 'zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt' (art. 2 KZI). De eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid gaan bovenal uit van objectieve standaarden. Tegelijkertijd worden de patiëntgerichtheid van de zorg en de behoeften van de patiënt benadrukt. Hieruit klinkt, nogmaals, dat een zorgaanbieder bij het verstrekken van zorg rekening moet houden met de individuele patiënt en zijn wensen.

De zorg en bijbehorende behandelingsvormen dienen derhalve zoveel mogelijk aan te sluiten bij de persoon van de patiënt. Uit de wetsgeschiedenis valt niet op te maken welke persoon of personen de wetgever bij dit alles voor ogen had. De wet laat ruimte voor een gevarieerd, op het individu afgestemd zorgaanbod, mits 'verantwoord'. De zelfbeschikking van de patiënt wordt door deze laatste eis begrensd.

De derde tussenconclusie luidt dat niet duidelijk is welke 'zorgconsument' de wetgever voor ogen had bij het bepalen van de zorgaanspraken van de patiënt. De wetgever heeft aan de hand van zoveel mogelijk objectieve criteria bepaald tegen welke gezondheidsrisico's de patiënt rechtens verzekerd is. Wenst de patiënt, om hem moverende redenen, ook tegen andere gezondheidsrisico's te zijn verzekerd, dan kan hij zich daarvoor trachten aanvullend te verzekeren. Niet de patiënt maar de wetgever bepaalt dus tegen welke risico's een niet nader geduide patiënt rechtens is verzekerd.

Met betrekking tot de soort zorg die een patiënt kan claimen geldt eveneens dat de maatpatiënt niet nader is geduid. De persoonlijke autonomie van deze patiënt is overigens niet onbeperkt. De patiënt kan kiezen tussen niet behandeld worden dan wel een keuze maken tussen behandelalternatieven, voor zover vanuit professioneel oogpunt verantwoord.

47 KNMG-manifest *Medische professionaliteit*, Utrecht: KNMG 2007.

48 Art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen (KZI) en art. 40 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

49 De Die concludeert op basis van de wetsgeschiedenis dat beide normen 'op gelijke hoogte staan'. A.C. de Die, 'Gewaarborgde kwaliteit', *De toekomst van de Wet BIG* (Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2008), Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p 110-111.

5 ANALYSE EN RECENTE ONTWIKKELINGEN

In onze zoektocht naar de maatman (m/v) in het gezondheidsrecht vallen tot nu toe enkele zaken op. In de eerste plaats wordt de patiënt bovenal gezien als autonoom wezen (5.1). De achtergrond en omgeving van de patiënt blijven onderbelicht (5.2). In de derde plaats blijft de relatie tussen individuele zelfbeschikking en het bieden van bescherming tegen gezondheidsschade door het mislopen of weigeren van goede zorg complex (5.3). Met betrekking tot alle drie deze aspecten vallen inmiddels ontwikkelingen waar te nemen.

5.1 Autonomieconcept

In het gezondheidsrechtelijk mensbeeld wordt veel waarde toegekend aan individuele zelfbeschikking en keuzevrijheid. Dit getuigt van een autonomieconcept gestoeld op een (zelf)beeld van de patiënt, waarin vrijheid, individualiteit, rationaliteit en onafhankelijkheid centraal staan. De patiënt bepaalt geheel zelf welke zorg hij (niet) wil. In deze perceptie wordt meer gewicht toegekend aan zelf beschikken dan de kwaliteit van de uiteindelijke zorg.

De wetgever heeft erkend dat deze opvatting niet consequent kan worden doorgetrokken en soms tot onwenselijke uitkomsten leidt. In de eerste plaats veronderstelt individuele zelfbeschikking in de gezondheidszorg, zoals opgemerkt, goede informatie. In de tweede plaats zijn er groepen die niet (goed) in staat zijn om te bepalen welke zorg zij (niet) willen of die deze bevoegdheid op grond van de wet (nog) niet toekomt. Hierbij kan worden gedacht aan minderjarigen, meerderjarige wilsonbekwamen en personen die anderszins (tijdelijk of langdurig) niet in staat zijn hun wil kenbaar te maken, zoals comateuze patiënten. Om die reden bevat de WGBO bepalingen inzake de toestemmingsverlening bij deze groepen. Hoofdregel is hier dan, dat er alleen kan worden behandeld in geval van plaatsvervangende toestemming door een vertegenwoordiger van de betrokkene. Deze vertegenwoordiger dient als 'goed vertegenwoordiger' te handelen (art. 7:465 lid 5). Hieruit volgt dat de vertegenwoordiger de patiënt zoveel mogelijk bij de beslissing dient te betrekken en de wensen van de patiënt zo goed mogelijk moet vertolken. Aldus wordt alsnog optimaal recht gedaan aan de zelfbeschikking van de patiënt, wiens verzet tegen verrichtingen van ingrijpende aard slechts kan worden gepasseerd indien de verrichting kennelijk nodig is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen (art. 7:465 lid 6 BW). Ook anderszins zien we bij deze categorie patiënten dat de wetgever eerder geneigd is het verstekken van goede zorg te laten prevaleren boven de veronderstelde of toegeschreven zelfbeschikking van patiënten met feitelijke of juridische wilsgebreken. Zo kan de hulpverlener in voorkomende gevallen ook behandelen zonder toestemming, indien dat kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen (art. 7:450 lid 2 BW en art. 7:466 lid 2 BW), of indien het honoreren van de

wensen van de vertegenwoordigers anderszins strijdig is met de zorg van een goed hulpverlener (art. 7:465 lid 4 BW).

Uit het bovenstaande blijkt voorts dat zelfbeschikking in de arts-patiëntrelatie nog niet automatisch leidt tot toegang tot de door de patiënt gewenste zorg. Dit heeft met betrekking tot de gezondheidszorgwetgeving geleid tot initiatieven om de verzekeringsaanspraken meer door middel van vraagsturing dan aanbodsregulering tot stand te laten komen.⁵⁰ Voor wat betreft de rechten van de patiënt binnen een behandelingsrelatie heeft het kabinet het voornemen de rechtspositie van de patiënt (verder) te versterken.⁵¹ Door middel van het onlangs gepubliceerde programma 'Zeven rechten van de cliënt in de zorg: Investeren in de zorgrelatie' wil het kabinet de patiënt meer mogelijkheden bieden om invloed uit te oefenen 'in de zorg'.⁵² Patiënten moeten niet alleen invloed uit kunnen oefenen, en daarmee gebruik kunnen maken van hun zelfbeschikking, binnen een behandelingsrelatie maar *in* de gehele zorg. Dit laatste blijkt bijvoorbeeld uit de omstandigheid dat één van de zeven door het kabinet geproclameerde rechten betrekking heeft op het recht op medezeggenschap en goed bestuur. In de optiek van het kabinet moeten deze zeven leiden tot goede zorg die aansluit op de behoefte van de patiënt.

5.2 De patiënt als sociaal wezen in de maatschappij

Op het gezondheidsrechtelijke autonomieconcept, en daarmee het gezondheidsrechtelijke mensbeeld, valt de afgelopen tijd kritiek te beluisteren. Dat de (althans meeste) patiënten sociale wezens zijn, voor wie relaties met anderen van belang zijn om te kunnen floreren, wordt grotendeels genegeerd, aldus de critici. Zo heeft een patiënt vaak een ander (naaste of hulpverlener) nodig om te kunnen beslissen⁵³ en zal een patiënt bij het geven van toestemming voor een behandeling veelal ook rekening houden met de gevolgen voor anderen.⁵⁴

Dat patiënten hun keuzes niet in (sociaal) isolement maken en dat voorkeuren door de tijd heen en door externe factoren kunnen veranderen is onlangs aangetoond door de Raad voor maatschappelijke ontwikkeling (RMO).⁵⁵ Nog los van de omstandigheid dat het uitoefenen van persoonlijke autonomie voor

50 J.M. van der Most, 'Vraaggestuurde zorg als recht vanuit het verzekeringsperspectief (ZFW en AWBZ)', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2003, p. 160-173.

51 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 138.

52 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 476, nr. 1, p. 1.

53 D.P. Touwen, *Voor een ander. Beslissingsverantwoordelijkheden in de verpleeghuisgeneeskunde* (diss. UL), Amsterdam: Aksant 2008.

54 Hendriks, Frederiks & Verkerk, 2008.

55 RMO, *Levensvraagstukken. De sociale contexten van ongewenste zwangerschappen en van ondragelijk en uitzichtloos lijden* (werkdocument 15), Den Haag: RMO, juli 2008.

sommige groepen problematisch is,⁵⁶ zijn er daarom goede redenen om persoonlijke autonomie en goede zorg in nauwe samenhang te zien.⁵⁷

Een andere opmerkelijkheid is dat in het gezondheidsrechtelijke mensbeeld (gezondheids)verschillen als gegeven worden beschouwd en (vrijwel) uitsluitend aan constitutionele verschillen tussen mensen worden toegeschreven. Dit beeld behoeft dringend bijstelling. De oorzaken van gezondheid zijn bovenal gelegen in omgevingsfactoren, zoals inkomens- en opleidingsniveau, etnische herkomst en andere culturele omstandigheden, milieu en verkeersdeelnamen *et cetera*.⁵⁸ Deze omstandigheden zijn voor 70 procent verantwoordelijk voor de gezondheid van een persoon; slechts 30 procent valt toe te schrijven aan erfelijke constitutie en het niveau van gezondheidszorg.⁵⁹

In het verlengde hiervan is het opvallend dat etnische en culturele verschillen in het gezondheidsrechtelijke mensbeeld vooralsnog weinig aandacht hebben gekregen. Ten onrechte. Bij allochtone en autochtone landgenoten is niet alleen sprake van substantiële verschillen in zorggebruik,⁶⁰ maar ook van risicofactoren, effectiviteit van therapeutische interventies, morbiditeit en mortaliteit.⁶¹ Zelfbeschikking kan niet alleen individueel worden opgevat, maar impliceert ook dat rekening wordt gehouden met de identiteit en eigenheid van de groep⁶² – waaronder de waarde die wordt toegekend aan (familie)relaties. Er is daarom alle reden om in de gezondheidszorg en het gezondheidsrecht aandacht te gaan besteden aan etnische en culturele verschillen, althans voorzover relevant.⁶³

5.3 Zelfbeschikking en/of goede zorg

Uit het voorgaande bleek reeds dat de maatpatiënt in grote mate in staat wordt geacht zelf te beschikken, maar dat tegelijkertijd de vrees bestaat dat hij daardoor goede en noodzakelijke zorg misloopt. De wetgever heeft gemeend

56 Vgl. L. Geldof van Doorn & R. Oostland, 'Het Gehandicaptenverdrag: een verdrag met implicaties voor Nederland', *NJB* 2008, p. 1715-1719.

57 Hendriks, Frederiks & Verkerk, 2008.

58 K. Stronks, *Maatschappij als medicijn* (oratie UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2007.

59 Ch. Grosel et al., *Health and Health Care 2010. The Forecast, The Challenge* (2e druk), Princeton, NJ: The Institute for the Future 2003, p. 23.

60 N. Dahhan, *Gezondheidszorg & etnische diversiteit in Nederland*, Amsterdam: PaceMaker in Global Health 2007.

61 B.J.C. Middelkoop, 'Public health, in het bijzonder de gezondheid van groepen in achterstandsituaties' (oratie UL), *Epidemiologisch Bulletin* 2008, nr. 2/3, p. 2-12.

62 A. Struijs, 'Culturele eigenheid en zelfbeschikking van allochtone zorgvragers', in: Centrum voor ethiek en gezondheid, *Signalering Ethiek en Gezondheid – RVZ 2003*, Den Haag/Zoetermeer: Gezondheidsraad/RVZ 2003, p. 47-63.

63 A.C. Hendriks, 'Ethnic and Cultural Diversity: Challenges and Opportunities for Health Law', *European Journal of Health Law* 2008, nr. 2 [in druk].

deze spanning te kunnen verminderen door het leggen van verplichtingen op hulpverleners, meer in het bijzonder de informatieplicht (art. 7:448 BW) en de eis te handelen als een goed hulpverlener (art. 7:453 BW). Ook anderen bij de zorgverlening betrokken partijen zijn aan regels gebonden. Hierbij kan worden gedacht aan de op zorgaanbieders rustende eis tot het leveren van verantwoorde zorg (art. 2 KZI en art. 40 Wet BIG), het verbod tot het aanbieden van bepaalde voor de gezondheid risicovolle behandelingen,⁶⁴ en regels waaraan de aanbieders van goederen en diensten zich moeten houden, waaronder het verbod van misleidende reclame (art. 6:194 BW), het verbod van (misleidende) reclame voor geneesmiddelen (art. 84 Geneesmiddelenwet) en de algemene regels inzake de koopovereenkomst. De achterliggende gedachte hierbij is dat patiënten goede zorg willen en zij, indien zij beschikken over adequate informatie, uiteindelijk ook hiervoor zullen kiezen.⁶⁵

Wat nu indien een tot het uitoefenen van zelfbeschikking in staat geachte patiënt kiest voor een behandelingsvorm waarvan de effectiviteit wetenschappelijk niet is vastgesteld (zoals bij niet-reguliere behandelwijzen) of welbewust goede zorg weigert? Dit dilemma wordt in toenemende mate gevoeld en heeft geleid tot een nieuwe, meer terughoudende lijn in de tuchtrechtspraak.⁶⁶ Ook is er een roep tot aanscherping van de beroepwetgeving om 'kwakzalvers' beter aan te kunnen pakken.⁶⁷ Onderkend wordt dat een aanzienlijke groep patiënten in hun zoektocht naar bij hen passende zorg kiest voor niet-reguliere behandelwijzen en er mensen zijn, al dan niet onder invloed van een psychische stoornis, die geen gebruik maken van het behandelingsaanbod. Voor de omgeving, waaronder naasten, is het niet zelden onbegrijpelijk dat de wet slechts in uitzonderlijke situaties voorziet in de mogelijkheid over te gaan tot behandeling zonder toestemming van de betrokkenen. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat onvrijwillige vormen van behandeling, los van de mensenrechtelijke implicaties, voor de betrokkene uiterst ingrijpend zijn en de effectiviteit daarvan kunnen verstoren.⁶⁸ Kortom, ingezien wordt dat persoonlijke autonomie niet mag worden verabsoluteerd, maar dat het transformeren van het recht op goede zorg in een plicht tot het accepteren van goede zorg op andere problemen stuit. Gezocht moet derhalve worden naar een goede balans.⁶⁹

64 O.a. d.m.v. de Wet op het bevolkingsonderzoek, de Wet op bijzondere medische verrichtingen en de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen.

65 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 476, nr. 1, p. 1.

66 E.S.I.A. Stevens & A.C. Hendriks, 'Beroepsuitoefening niet-regulier werkende artsen aan banden gelegd', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 659-671.

67 Hierover o.a. De Die 2008.

68 RVZ, *Beter (z)onder dwang?* (advies 97/06), Zoetermeer: RVZ 1997 en 'Dwang en drang in de Hulpverlening', *Justitiële Verkenningen* 2008, nr. 3.

69 *Kamerstukken II* 2007/08, 22 894, nr. 179.

6 CONCLUSIES

Wat zijn nu de veronderstelde karakteristieken van een vrouw (of man) die bij de dokter komt? In het bovenstaande is getracht te achterhalen wie, gezondheidsrechtelijk gezien, in dergelijke situaties als maatpatiënt fungeert.

Geconstateerd is dat vanuit het gezondheidsrecht bovenal aandacht bestaat voor de rechtspositie van de patiënt. De patiënt wordt gezien als de zwakkere contractspartij, wiens rechtspositie moet worden versterkt opdat de patiënt zelf kan beschikken (§ 2). Dit dominante mensbeeld, waarbij de nadruk ligt op het waarborgen van de persoonlijke autonomie, heeft in de loop van de afgelopen jaren ook vertaling gevonden in de patiënten- en gezondheidswetgeving. Hoewel deze regelingen mede zijn bedoeld ter verzekering van andere (met name klassieke) mensenrechten, staat de zelfbeschikking van de patiënt hierbinnen voorop (§ 3).

De beoordeling van de gezondheid en de bijbehorende, passende behandelingswijzen worden aan de beroepsgroep overgelaten. Hierbij past een professioneel oordeel. In dezelfde lijn wordt aangenomen dat aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld op welke zorg de patiënt aanspraak moet kunnen maken (§ 4.1) en welke zorg in concrete situaties verantwoord is (§ 4.2).

Dit alles leidt tot een diffuse maatpatiënt. Niet zozeer de persoonlijke karakteristieken van de patiënt staan centraal, als wel de mate waarin hij – met behulp van het recht – zelf kan beschikken. Het recht lijkt zelfs te suggereren dat aan zelfbeschikking meer waarde toekomt dan aan goede zorg, althans bij personen die niet wilsonbekwaam zijn. Dit autonomieconcept, dat de maatpatiënt wordt toegeschreven, is in het bovenstaande bekritiseerd (§ 5.1). In het verlengde hiervan zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij het negeren van de invloed van de omgeving op gezondheidsverschillen en de uitoefening van het recht zelf te beslissen (§ 5.2) en is geconstateerd dat juridische zelfbeschikking niet gelijk staat aan een keuze voor medische goede zorg (§ 5.3). Voorzover de maatpatiënt daadwerkelijk behoefte heeft aan gebruikmaking van persoonlijke autonomie, moet derhalve worden erkend dat hij niet alleen een andere keuze kan maken met betrekking tot de wijze van behandelen maar dat ook de manier waarop die beslissing tot stand komt verschillend kan zijn. Een goed hulpverlener zal bij de zorgverlening daarom aandacht moeten besteden aan de persoonlijke situatie van de patiënt en de context waarin deze zich bevindt. Bij preventie, diagnose en therapie zal in toenemende mate aandacht moeten worden besteed aan de etnische achtergrond van de patiënt. Dit leidt dan al snel tot de conclusie dat de maatpatiënt niet bestaat in de gezondheidszorg, maar dat in plaats daarvan moet worden gestreefd naar maatwerk. Deze opdracht gaat verder dan het rekening houden met taalverschillen opdat de patiënt de informatie op duidelijke wijze krijgt aangeleverd (§ 3). Hoe dergelijk maatwerk moet worden geleverd is een mooie opdracht voor het (gezondheids)recht.

14 | Een goed bewaarnemer

M.B. de Boer[■]

1 INLEIDING

Bewaarneming is geregeld in titel 9 Bewaarneming van Boek 7 BW (art. 600-609).¹ Bewaarneming is volgens art. 7:600 BW de overeenkomst waarbij de ene partij, de bewaarnemer, zich tegenover de andere partij, de bewaargever, verbindt, een zaak die de bewaargever hem toevertrouwt of zal toevertrouwen, te bewaren en terug te geven. Uit deze omschrijving blijkt dat op de bewaarnemer twee hoofdverplichtingen rusten: bewaren en teruggeven van de hem toevertrouwde zaak. Wat mag in dit kader van een goed bewaarnemer worden verwacht?

In verband met de afbakening van het onderwerp van deze bijdrage tot professionele bewaarneming zal eerst kort worden stilgestaan bij de overeenkomst van bewaarneming (par. 2). Daarna zal de aandacht worden verlegd naar de hoofdverplichtingen van de professionele bewaarnemer. De hoofdverplichting 'bewaren' is uitgewerkt in art. 7:602 en 603 BW en de hoofdverplichting 'teruggeven' in art. 7:604 en 605 BW. Art. 7:602 BW vereist dat bij de bewaring de zorg van een goed bewaarder in acht wordt genomen, hetgeen wordt besproken in par. 3. Art. 7:603 betreft het gebruik van de in bewaring gestelde zaak door de bewaarnemer (lid 1) enerzijds en de mogelijkheid van

-
- M.B. de Boer is universitair docent bij de afdeling burgerlijk procesrecht, Universiteit Leiden.
- 1 De parlementaire stukken inzake titel 7.9 BW zijn opgenomen in C.J. Van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere Overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14*, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Deventer: Kluwer 1991, p. 387-415 (hierna: *Parl. Gesch. Boek 7*). Zie voor literatuur inzake de overeenkomst van bewaarneming: B. Wessels, 'Bewaarneming in het Nieuw BW', *WPNR* 5982 (1990) (Themanummer Bijzondere Contracten), p. 748-756; A.L. Croes, N. Frenk, C.E. du Perron en A.F. Salomons, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht, 6. Bijzondere overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 290-307 (Du Perron); G.R. Rutgers, *Bewaarneming* (Monografieën Nieuw BW B73), Deventer: Kluwer 1998; A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 5. Bijzondere overeenkomsten IV. Verbruikleen, alijdurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 119-177; B. Wessels en A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk Recht 6), Deventer: Kluwer 2006, nr. 192-205 (Verheij); zie ook nog *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), titel 7.9 (M.B. de Boer), en J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. De tekst van de Boeken 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 8 van het BW voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, titel 7.9, p. 3185-3196 (A.G. Castermans & H.B. Krans).

onderbewaarneming (lid 2) met daaraan gepaard het instaan van de bewaarnemer voor de onderbewaarnemer (lid 3) anderzijds; hieraan wordt aandacht geschonken in respectievelijk par. 4 en 5. De hoofdverplichting ‘teruggeven’ omvat niet alleen het teruggeven door de bewaarnemer van de in bewaring gestelde zaak in de staat waarin hij haar heeft ontvangen (art. 7:605 BW, te bespreken in par. 6) maar ook het afdragen van de vruchten (art. 7:604 BW, te bespreken in par. 7). Tenslotte zal nog worden nagegaan in hoeverre in algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausules sporen met de eisen die aan een goed bewaarnemer kunnen worden gesteld (par. 8), waarna een woord tot slot volgt (par. 9).

2 DE OVEREENKOMST VAN BEWAARNEMING

Uit de begripsomschrijving van de overeenkomst van bewaarneming in art. 7:600 BW blijkt dat deze overeenkomst een consensuele is: de overeenkomst komt door wilsovereenstemming tussen partijen tot stand. Zo is het mogelijk – zoals in de praktijk ook gewent – om af te spreken dat een zaak te zijner tijd in bewaring zal worden gegeven, zonder dat daartoe eerst een voorovereenkomst gesloten dient te worden.² De overeenkomst van bewaarneming heeft een professionele achtergrond gekregen en daarmee is deze overeenkomst in de vorm van een reëel contract – zoals onder het oude BW bij bewaargeving het geval was en waarbij de vriendendienst voorop stond – moeilijk verenigbaar.³

Vandaag de dag maakt professionele bewaring het leeuwendeel van de bewaarnemingsovereenkomsten uit. Men denke in dit verband aan de stalling van fietsen, auto’s, caravans en boten, gardes-meubles, bagagedepots, betaalde garderobes en aan opslagruimtes die bedrijfsmatig ter beschikking worden gesteld. De wetgever heeft bij de maatschappelijke realiteit aansluiting gezocht door in art. 7:601 lid 1 BW te bepalen dat, indien de overeenkomst door de bewaarnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, de bewaargever hem loon verschuldigd is. Aan de niet-professionele bewaarnemer is in beginsel geen loon verschuldigd, doch het staat partijen vrij anders overeen te komen.

Uit het woordgebruik ‘een zaak’ in art. 7:600 BW blijkt dat zowel een roerende als een onroerende zaak voorwerp van bewaarneming kunnen zijn. Bewaring van onlichamelijke goederen is echter niet wel denkbaar. Het toevertrouwen vindt plaats doordat de bewaargever de feitelijke macht (in de zin van houderschap; art. 3:108 BW) over een zaak verschaft, bij een roerende zaak veelal door afgifte en bij een onroerende zaak als bijvoorbeeld bewaarneming

2 Rutgers 1998, nr. 3.

3 Asser-Van Schaick IV, nr. 119.

van een huis door het afgeven van de sleutels.⁴ In art. 7:600 BW ligt ook besloten dat individueel dezelfde zaak als die welke in bewaring werd gegeven, moet worden teruggegeven. Art. 7:600 e.v. BW ziet dus niet op het zogenaamde depositum irregulare, in welk geval vervangbare zaken (bijvoorbeeld geld of effecten) in bewaring gegeven worden en de bewaarder kan volstaan met teruggave van eenzelfde hoeveelheid zaken van dezelfde soort.⁵

De focus van de wetgever is bij het opstellen van titel 7.9 BW gericht geweest op de professionele overeenkomst van bewaarneming. Dit neemt niet weg dat de overeenkomst die niet in een professioneel kader is aangegaan, eveneens wordt beheerst door de bepalingen van titel 7.9 BW. Van Schaick⁶ merkt op dat de wetgever beter de (professionele) bewaarneming tegen loon had kunnen scheiden van de (vriendendienst) bewaarneming om niet, gezien de contractuele gevolgen van bewaarneming. Immers – anders dan vroeger het geval was – is de overeenkomst niet langer reëel maar consensueel en wordt de aansprakelijkheid ook niet langer afgemeten aan de hand van het criterium *diligentia quam in rebus suis* maar aan de hand van het professionele criterium ‘zorg van een goed bewaarder.’ Schiet een vriendin toerekenbaar tekort, indien zij terugkomt op haar afspraak om in de vakantie voor de katten te zorgen, in welk geval nakoming zou kunnen worden gevorderd dan wel de kosten van het asiel op die vriendin zouden kunnen worden verhaald?⁷ Geldt bij verzorging van de orchideeën van de buurvrouw tijdens vakantie zonder dat daarvoor loon wordt ontvangen, dezelfde zorgplicht als bij een professionele bewaarder? Of mogen er in dit geval – zoals Van Schaik mijns inziens terecht bepleit – minder strenge eisen worden gesteld aan de zorgplicht van de bewaarnemer?⁸ Al met al reden om in het onderstaande bij de vraag wat van een goed bewaarnemer kan en mag worden verwacht, de beperking aan te brengen tot professionele bewaarneming.

Vaak worden overeenkomsten gesloten, waarbij het bewaren van zaken onderdeel is van een meer omvattende rechtsverhouding. Indien het bewaren een volstrekt ondergeschikt onderdeel van de overeenkomst is, kan niet van bewaarneming worden gesproken (bijvoorbeeld een reparatie-overeenkomst).

4 Zo G.B.A. Paquay, ‘De aansprakelijkheid van de bewaarnemer’, *RMThemis* 1994, p. 496. Asser-Van Schaick IV, nr. 123, wijst erop dat het verschaffen van macht over de zaak, wil men van bewaarneming kunnen spreken, ‘in beginsel uitsluitend’ in het teken van bewaring en verzorging van de zaak moet staan.

5 Zie daarvoor verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 9 bij art. 600 (De Boer).

6 Asser-Van Schaick IV, nr. 120.

7 Volgens S.C.J.J. Kortmann e.a., *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 5. Bijzondere overeenkomsten III. Opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 54, valt zo een dienst buiten de rechtssfeer; dergelijke afspraken ‘roepen slechts sociale of morele verplichtingen in het leven.’

8 Asser-Van Schaick, nr. 129, die daarbij tevens de mogelijkheid van matiging van de door de bewaarnemer te betalen schadevergoeding (art. 6:109 BW) onder de aandacht brengt (aansprakelijkheidsleniging); zie tevens *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 *in fine* bij art. 602 (De Boer).

Het kan ook zijn dat er sprake is van een gemengde overeenkomst, waarvoor art. 6:215 BW bepaalt dat in beginsel de voor elk van beide overeenkomsten gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing zijn (bijvoorbeeld een vervoers-overeenkomst). Aan de eventuele complicaties die hieruit voort kunnen vloeien, wordt in het navolgende geen aandacht besteed.⁹

3 ZORG VAN EEN GOED BEWAARDER

Naar art. 7:602 BW aangeeft dient de bewaarnemer bij de bewaring de zorg van een goed bewaarder in acht te nemen. Dit in aansluiting op de algemene zorgplichtregel die is opgenomen in art. 6:27 BW:

‘Hij die een individueel bepaalde zaak moet afleveren, is verplicht tot de aflevering voor deze zaak zorg te dragen op de wijze waarop een zorgvuldig schuldenaar dit in de gegeven omstandigheden zou doen.’

Er is geen reden een vrijbrief te geven aan een bewaarnemer, die slordig met zijn eigen zaken omspringt, om dit ook met andermans zaken te doen.¹⁰ De door de bewaarnemer te betrachten zorg dient naar een objectieve maatstaf te worden gemeten. De zorgplicht van de bewaarnemer dient aan professionele eisen te voldoen.¹¹ Paquay¹² distilleert uit art. 1744 BW (oud) de regel ‘dat de aangewende zorg optimaal *geschikt* moet zijn om bescherming te bieden, waarop in het concrete geval de bewaargever recht heeft’, terwijl Wessels¹³ – onder verwijzing naar de algemene kwaliteitsmaatstaf bij de aflevering van soortzaken in art. 6:28 BW – als criterium noemt ‘niet beneden goede gemiddelde kwaliteit’.

Door de wetgever is geen aandacht besteed aan de vraag wat onder de zorg van een goed bewaarder dient te worden verstaan en hoever in een concreet geval de zorg van een goed bewaarder dient te gaan.¹⁴ Dit hangt

9 Zie in dit verband verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 5 bij titel 7.9 Inleiding (De Boer).

10 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 396.

11 Zo Asser-Van Schaick, nr. 120; zie ook Rb. Rotterdam 28 mei 1998, *S&S* 1999, 88, en het hoger beroep in deze zaak: Hof 's-Gravenhage 18 december 2001, *S&S* 2002, 109.

12 Paquay 1994, p. 497.

13 Wessels 1990, p. 752; zie ook Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij), waar als criterium wordt genoemd wat een goed bewaarnemer zou hebben gedaan in soortgelijke omstandigheden.

14 Dit is niet in abstracto aan te geven; aldus Rutgers 1998, nr. 12. In *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, door C.J. van Zeben en J.W. Du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 155, wordt met betrekking tot de algemene zorgplichtregel die is neergelegd in art. 6:27 BW, gewezen op de inhoud en de strekking van de verbintenis, de gewoonte, de aard van het door de debiteur uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen, waarover een debiteur in het kader van zo'n beroeps- of bedrijfsuitoefening gewoonlijk beschikt.

onder meer af van de inhoud van de overeenkomst en het gebruik alsmede de aard van de in bewaring gegeven zaak.¹⁵ Uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenstemming kunnen tot een zorgplicht van een laag niveau leiden, net als de aard van de in bewaring gegeven zaak.¹⁶ Onder verwijzing naar het Haviltex-arrest (HR 12 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB) merkt Van Schaick¹⁷ op dat partijen overigens gebonden zijn:

aan hetgeen zij over en weer in redelijkheid uit elkanders verklaringen en gedragingen mochten afleiden, waarbij ook de hoedanigheid en persoon(lijkheid) van de bewaarnemer een rol kunnen spelen en de specifieke deskundigheid die de bewaargever bij zijn wederpartij aanwezig mag veronderstellen.

Voor wat betreft de aard van de in bewaring gegeven zaak kan worden opgemerkt dat bij de bewaring van een partij oud ijzer, een Cyperse kat, appels en peren of pootaardappelen niet telkens dezelfde zorg vereist is.¹⁸ In dit verband worden in de literatuur diverse voorbeelden genoemd, zoals:

- een dier moet worden verzorgd, dat wil zeggen het moet (op tijd) worden gevoederd en voldoende beweging krijgen;¹⁹
- een paard moet worden gevoederd en afgestapt, maar mag niet worden bereden, tenzij het een rijpaard betreft;²⁰
- een piano moet tegen vocht en uitdroging worden beschermd;²¹
- een partij ijzer moet tegen vocht worden beschermd;²²
- een loods waarin melkpoederspray is opgeslagen moet voldoende ventilatie hebben en droog genoeg zijn, terwijl de opgeslagen zaak regelmatig dient te worden gecontroleerd.²³

Daarnaast speelt de professionaliteit van de bewaarder een rol.²⁴ De zorgplicht van een professionele en gespecialiseerde bewaarnemer behelst dat hij zorg draagt voor goede outillage (behoorlijk functionerende koelruimtes), mede gelet op art. 6:77 BW, op grond waarvan de bewaarnemer aansprakelijk is voor

15 Wessels 1990, Pitlo 6, p. 295 (Du Perron); Asser-Van Schaick IV, nr. 127. Paquay 1994, p. 497 acht de uitleg van de overeenkomst bepalend.

16 Zo Paquay 1994, p. 505. Zie ook Ktr. Gouda 11 maart 2004, *PrG.* 2004, 6265.

17 Asser-van Schaick, nr. 127.

18 Zie ook Wessels 1990, p. 752.

19 Zie Pitlo 6, p. 295 (Du Perron); Asser-Van Schaick, nr. 127, die benadrukt dat het dier de zorg krijgt die het in redelijkheid nodig heeft en in dit verband ook nog wijst op Ktg. Zaandam 13 maart 1997, *PrG.* 1998, 4930; *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans).

20 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397; zie voor het gebruik van de in bewaring gestelde zaak hierna, par. 4.

21 *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans).

22 Pitlo 6, p. 295 (Du Perron).

23 Zo Asser-Van Schaick, nr. 127, onder verwijzing naar Hof 's-Gravenhage 19 september 1995, *S&S* 1996, 116.

24 Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij); *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans). Zie inzake hetgeen van een professioneel bewaarnemer mag worden

zaken die hij bij de uitvoering van de verbintenis gebruikt. Door zo een bewaarnemer veroorzaakte schade kan niet worden afgewenteld op de installateur. Zie HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 168, *S&S* 1998, 34 (*Smits/Royal Nederland*),²⁵ waarin onder meer is overwogen dat:

‘het onderhavige geval daardoor gekenmerkt wordt dat het gaat om een professionele en gespecialiseerde bewaarnemer – te weten: een bedrijf dat zaken in opslag neemt in een koel- en vrieshuis – en om een gebrek van een koelinstallatie in het koel- en vrieshuis waarin de partij kaaspoeder was opgeslagen (...).’

Verheij²⁶ leidt uit dit arrest af dat onder andere omstandigheden (geen professionele en gespecialiseerde bewaarnemer) de bewaarnemer voor de door hem gebruikte hulpzaken mogelijk niet (volledig) aansprakelijk is, waarbij de rechter zich wel zal baseren op de in art. 6:77 BW vermelde uitzonderingen inzake aansprakelijkheid voor hulpzaken. Aannemelijk is dat dit ook kan gelden voor een professionele, niet gespecialiseerde bewaarnemer.

De professionele bewaarnemer is echter in beginsel niet aansprakelijk voor schade, indien de opslagplaats vóór de opslag is geïnspecteerd en goedgekeurd door de bewaargever.²⁷

De bewaarnemer is in beginsel niet alleen aansprakelijk voor door hem gebruikte hulpzaken, maar uiteraard ook voor personen van wier hulp hij bij de uitvoering van de verbintenis gebruikmaakt als bedoeld in art. 6:76 BW.²⁸

De omvang van de op de bewaarder rustende zorgplicht – die dus een open norm is – wordt door de rechtspraak nader ingevuld daar alle omstandigheden van het concrete geval dan in aanmerking kunnen worden genomen²⁹ en waarbij dus met name acht zal worden geslagen op de inhoud van de overeenkomst, de gewoonte, de aard van de zaak en de professionaliteit van de bewaarnemer.³⁰

Naar onder de aandacht is gebracht door Paquay³¹ staat de concrete inhoud van de op de bewaarder rustende verplichting om het in bewaring

verwacht HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 45 (*Van der Hoff/Nouwens*); vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *NJF* 2005, 453 (zonder de in casu relevante overwegingen); *S&S* 2006, 93; Rb. Rotterdam 19 november 2003, *S&S* 2005, 12, en het hoger beroep in deze zaak: Hof 's-Gravenhage 27 maart 2007, *S&S* 2008, 66.

25 Vgl. Rutgers 1998, nr. 12; Asser-Van Schaick, nr. 127.

26 Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199.

27 Rb. Rotterdam 28 mei 1998, *S&S* 1999, 4.

28 Vgl. Asser-Van Schaick, nr. 127.

29 Zie B. Wessels, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Bijzondere Overeenkomsten' (II), *WPNR* 6126 (1994), p. 162, die daar bij verwijst naar Rb. Dordrecht 14 oktober 1992, *NJ* 1993, 393, en Hof 's-Hertogenbosch 12 november 1990, *NJ* 1991, 537. Op het zeer feitelijk oordeel van de rechter wordt eveneens gewezen door Paquay 1994, p. 497.

30 Vgl. Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij). Zie ook Rb. Rotterdam 23 november 2005, *S&S* 2008, 67, waar als relevante omstandigheid ook nog de waarde van de in bewaring gegeven zaak wordt vermeld.

31 Paquay 1994, p. 497 e.v.

gestelde met zorg te bewaren zelden helemaal vast. Het vaststellen van de in concreto aan te wenden zorg is 'temeer complex' ingeval door de uitleg van partijbedoelingen 'het object van bewaarneming (kan) worden uitgebreid tot buiten de zaak en haar bestanddelen waarop de overeenkomst expliciet betrekking heeft', bijvoorbeeld het dekzeil van een boot en de vruchten van een zaak. Voor het vaststellen van de partijbedoelingen inzake de in concreto aan te wenden zorg zijn volgens Paquay de navolgende factoren van belang:

- standaardvoorwaarden, veelal door middel van borden bekend gemaakt (vgl. art. 3:37 BW); deze betreffen het concrete aanbod van de bewaarnemer inzake de verplichting om te bewaren en terug te geven (kernbedingen);
- standaardvoorzieningen bij professionele bewaarders, te weten 'de zichtbaarheid of bekendheid voor de bewaargever van materiële voorzieningen die de bewaarnemer ter beschikking kan stellen';
- de aard van het belang van de bewaargever, dat wil zeggen de bewaarnemer is eerst dan verplicht speciale maatregelen te nemen, indien hij bekend is met een uitzonderlijk belang van de bewaargever in de zaak;
- een uitdrukkelijke afspraak over speciale zorg, die in het ene geval wél en in het andere geval niet nodig is.

De bewaarnemer dient de staat van de in bewaring gegeven zaak te behouden en te beschermen; daarnaast dient hij het vergaan, verslechteren of diefstal van die zaak te voorkomen.³² Maar verslechtering of het verloren gaan (door brand of diefstal) van het in bewaring gestelde betekent niet zonder meer dat de zorg van een goed bewaarder niet in acht is genomen, daar op de bewaarnemer voor wat betreft het bewaren niet een resultaatsverbintenis rust.³³ Het betreft immers een inspanningsverbintenis.³⁴

De vraag of de bewaarnemer het in bewaring gestelde tegen diefstal of brand had moeten verzekeren komt aan de orde, indien in de concrete omstandigheden de diefstal of brand niet aan een toerekenbare tekortkoming van de bewaarnemer kan worden toegeschreven: omvat de zorgplicht met andere woorden (ook) het behouden van de waarde die het in bewaring gestelde vertegenwoordigt? Hierop wordt gewezen door Van Schaick,³⁵ die daarbij opmerkt dat aanknopingspunten in dit verband voor de Nederlandse rechter lijken te zijn:

32 Zo Asser-Van Schaick, nr. 127.

33 Asser-Van Schaick, nr. 128: 'De vraag of de bewaarnemer aansprakelijk is als de zaak onder hem wordt gestolen, is dan ook niet *a priori* in bevestigende of ontkennende zin te beantwoorden. Anders WESSELS, WPNR 1990, 5982, p. 752. De gerechtvaardigde belangen van de bewaarnemer of derden kunnen meebrengen dat geen verregaande voorzorgsmaatregelen tegen diefstal of brand worden getroffen.' In dit kader wordt door Van Schaick gewezen op Rb. Maastricht 26 november 1992, VR 1993, 160.

34 Zie ook Paquay 1994, p. 505; Rutgers 1998, nr. 9.

35 Asser-Van Schaick, nr. 128.

‘de (kenbare) ernst van het risico van schade als gevolg van diefstal of brand, de aard van de overeenkomst en de persoon van de bewaarnemer.’

Vandaag de dag is het afsluiten van een verzekering tegen brand en diefstal normaal. Daarom achten Wessels en Du Perron de bewaarnemer dan ook verplicht dergelijke verzekeringen af te sluiten;³⁶ volgens Van Schaick³⁷ mag van een professionele bewaarnemer van kostbare zaken worden verwacht dat hij het in bewaring gestelde verzekert tegen brand en diefstal. De verzekeringsplicht – welke plicht volgens Wessels al snel uit de zorgplicht voortvloeit³⁸ – is evenwel niet beperkt tot verzekeringen tegen brand en diefstal:³⁹ deze plicht geldt alle risico's waartegen de betrokken zaak gewoonlijk wordt verzekerd.⁴⁰ Naar mijn mening mag onder de huidige maatschappelijke omstandigheden in beginsel van de bewaarnemer worden verwacht dat hij in ieder geval een verzekering tegen brand en diefstal heeft afgesloten waar het gaat om de bewaring van kostbare zaken; dit geldt evenzeer voor gebruikelijke verzekeringen tegen andere (kenbare) risico's. Doch dit staat er naar mijn mening niet aan in de weg dat het een professionele bewaarnemer vrijstaat dergelijke risico's af te dekken met het eigen (bedrijfs)vermogen.⁴¹ Bij het een en ander is het uiteraard wel van belang of een vergoeding voor verzekering tegen brand, diefstal en andere risico's in het bewaarloon is begrepen⁴² dan wel is afgesproken dat de bewaarnemer het in bewaring gestelde verzekert.

Op de bewaarnemer rust dus in beginsel een verzekeringsplicht bij bewaring van kostbare zaken. Dit is echter geen absolute plicht, bijvoorbeeld wanneer er een vast gebruik bestaat dat de bewaargever zelf het in bewaring

36 Wessels 1990, p. 752; Pitlo 6, p. 295 (Du Perron).

37 Asser-Van Schaick, nr. 128, die daartoe verwijst naar Hof Leeuwarden 21 september 1994, *NJ* 1995, 360 (inzake gerechtelijke bewaring als bedoeld in art. 853 e.v. Rv, maar niet anders bij bewaarneming nu op de bewaarder in beide gevallen dezelfde zorgplicht rust); Rb. Dordrecht 19 april 1989, *NJ* 1990, 178 (de bewaargever zal dan 'in plaats van de verloren gegane goederen de uitgekeerde verzekeringspenningen (...) ontvangen'); Rb. Zutphen 9 juli 2003, *NJF* 2003, 9.

38 Wessels 1994, p. 162.

39 Wessels 1990, p. 752.

40 Pitlo 6, p. 295 (Du Perron).

41 Zie ook Paquay 1994, p. 504, volgens wie er voor bewaarnemers een verzekeringsplicht geldt voor zover zij zeer kostbare zaken plegen te bewaren, 'indien het niet economisch is reserveringen te doen uit de winsten.'

42 Zie voor verzekering tegen diefstal *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans), onder refereert aan Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 1995, *NJ* 1996, 191 (inzake gerechtelijke bewaring, doch qua zorgplicht niet anders dan bij bewaarneming; de bewaarder had in casu geen diefstalverzekering afgesloten, waartoe hij verplicht is 'indien het bewaarloon dat [hij] ontving zodanig hoog was dat geoordeeld moet worden dat daarin een vergoeding voor een diefstalverzekering begrepen is'); Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 176) wijst erop dat de bewaarnemer de onkosten die het afsluiten van verzekeringen meebrengen, vergoed kan krijgen op grond van art. 7:601 lid 3 BW. Dit uiteraard voor zover deze kosten niet in het bewaarloon zijn verdisconteerd.

gestelde verzekert⁴³ of wanneer ingevolge algemene voorwaarden de bewaargever zich afdoende dient te verzekeren tegen bepaalde, verzekerbare risico's.⁴⁴ Het kan dus op de weg van de bewaargever liggen het in bewaring gestelde te verzekeren. Zo is het ook eerder aan de bewaargever – nu deze de in bewaring gestelde goederen en de eigenschappen van die goederen het beste kent – dan aan de bewaarnemer het risico te verzekeren van opruimkosten van die goederen na brand.⁴⁵

De bewaarnemer zal de nodige maatregelen dienen te treffen om diefstal te voorkomen. Het gaat om maatregelen die redelijkerwijs van de bewaarnemer kunnen worden verlangd.⁴⁶ Heeft de bewaarnemer in het kader van diefstalpreventie alle maatregelen getroffen die redelijkerwijs konden worden verlangd, dan schiet de bewaarnemer niet tekort in zijn zorgplicht en is hij gevrijwaard van aansprakelijkheid voor diefstal.⁴⁷

Volgens Wessels⁴⁸ leidt de zorgplicht van de bewaarnemer in het kader van diefstalpreventie al snel tot het aannemen van een bewakingsplicht:

'Afhankelijk van de geschiktheid en de plaats van een locatie (in de binnenstad of in de polder, toegankelijkheid van bedrijfsterrein en opslagplaats e.d., bouwaard en beveiligingsniveau van het pakhuis) betekent zorg het (doen) houden van surveillance(s), ook in het weekend.'

Maar de bewaargever op wiens weg het had gelegen om zich te verzekeren en dit had nagelaten, en de bewaarnemer daarvan niet op de hoogte stelt, kan niet van de bewaarnemer verlangen dat door deze laatste eigener beweging meer of andere veiligheidsmaatregelen dan de normale worden genomen. Hij zal de bewaarnemer hiervan dienen te verwittigen, zodat deze extra maatregelen kan nemen.⁴⁹

43 Zie voor een bewijsopdracht inzake het vermeend bestaan van een vast gebruik dat boot-eigenaren hun boot zelf tegen schadeorzaken tijdens stalling en reparatie verzekeren: Hof Amsterdam 11 maart 2004, *NJF* 2004, 341; *S&S* 2008, 39.

44 Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *NJF* 2005, 453, *S&S* 2006, 93.

45 Zo Hof 's-Gravenhage 13 januari 1993, *S&S* 1993, 105; dit kan ook worden afgeleid uit Rb. Arnhem 18 januari 2001, *S&S* 2001, 106.

46 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 409 (implicite) en p. 412. Zie ook Hof Amsterdam 19 juli 2007, *NJF* 2007, 513.

47 Zo Asser-Van Schaick, nr. 128, die daartoe verwijst naar Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 1995, *NJ* 1996, 191 (inzake gerechtelijke bewaring, waarbij op de bewaarder geen andere zorgplicht rust dan bij bewaarneming). Van Schaick wijst er hierbij op dat de bewaarnemer gezien de getroffen veiligheidsmaatregelen volgens het Hof niet verplicht was geweest een diefstalverzekering af te sluiten.

48 *WPNR* 5982 (1990), p. 752, onder verwijzing naar Hof 's-Gravenhage 26 mei 1988, *S&S* 1989, 81; Hof 's-Gravenhage 10 januari 1989, *NJ* 1989, 868, *S&S* 1989, 82; Rb. Rotterdam 1 september 1989, *S&S* 1990, 51.

49 Zie Rechtbank Dordrecht 14 oktober 1992, *NJ* 1993, 393, waarover Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij).

De zorgplicht behelst onder omstandigheden de verkoop van het in bewaring gestelde door de bewaarnemer. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het in bewaring gestelde 'snel teniet- of achteruitgaat of onevenredig in waarde daalt'.⁵⁰ De netto-opbrengst treedt uiteraard in de plaats van het in bewaring gestelde en zal – onder het afleggen van rekening en verantwoording⁵¹ – door de bewaarnemer aan de bewaargever moeten worden afgestaan. De bewaarnemer zal op zodanige wijze dienen te verkopen dat aan de belangen van alle betrokkenen het beste recht wordt gedaan.⁵²

De zorg van een goed bewaarder brengt ook mee dat de bewaarnemer niet mag onderzoeken wat zich in een gesloten kist of in een verzegelde omslag bevindt.⁵³ De bewaarnemer die niet weet wat de gesloten kist of verzegelde omslag bevat, hoeft niet bedacht te zijn op bijzondere kwetsbaarheid of gevoeligheid van het aldus in bewaring gestelde; dit uiteraard behoudens nadere instructie van de bewaargever.⁵⁴ De bewaarnemer wordt overigens niet gevrijwaard tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid, indien hij reden heeft te vermoeden dat een in bewaring gegeven, afgesloten kist heroïne of iets gelijksoortigs bevat; dan is het de bewaarnemer evenmin geoorloofd de inhoud van de kist te controleren maar zal de politie door hem gewaarschuwd dienen te worden.⁵⁵

4 GEBRUIK VAN DE IN BEWARING GESTELDE ZAAK

Een bijkomende verplichting die samenhangt met de op de bewaarder rustende hoofdverplichting om de in bewaring gestelde zaak te bewaren, is dat die zaak in beginsel door de bewaarnemer niet mag worden gebruikt. Dit is anders wanneer de bewaargever daartoe toestemming heeft gegeven⁵⁶ of het gebruik

50 Zo Asser-Van Schaick, nr. 139; vgl. ook *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans). Zie in dit verband HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 571 m.nt. HJS (*Verbeek c.s./De Lindt*) en HR 11 april 1997, *NJ* 1998, 236 m.nt. HJS (*Verbeek/ANB-AMRO Bank I*) (inzake gerechtelijke bewaring doch in geval van bewaarneming niet anders), alsmede Rb. Rotterdam 20 juli 2000, *S&S* 2001, 59.

51 Zie ook hierna, par. 6 *in fine*.

52 Asser-Van Schaick, nr. 139. Zie ook Ktg. 's-Gravenhage 13 juni 2001 en 17 oktober 2001, *Prg.* 2001, 5767 m.nt. AJJ.

53 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397; Wessels 1990, p. 753; Pitlo 6, p. 295 (Du Perron); Rutgers 1998, nr. 12; Asser-Van Schaick, nr. 138.

54 Asser-Van Schaick, nr. 138.

55 Zo Pitlo 6, p. 295 e.v. (Du Perron).

56 Toestemming tot gebruik botst min of meer met het karakter bewaarneming; er kan dan mogelijk sprake zijn van bruikleen, daar de grens tussen bewaarneming en bruikleen niet altijd scherp getrokken kan worden. Naar mijn mening is doorslaggevend dat het gebruik ondergeschikt blijft aan de bewaring, zoals ook voorgestaan wordt door Van Schaick (Asser-Van Schaick, nr. 132); zie verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 bij art. 603 (De Boer).

nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen (art. 7:603 lid 1 BW).

Toestemming tot gebruik kan door de bewaargever uitdrukkelijk of stilzwijgend (art. 3:37 lid 1 BW) aan de bewaarnemer worden gegeven.⁵⁷ Het niet naleven van het gebruiksverbod betekent dat de bewaarnemer waarschijnlijk niet de zorg van een goed bewaarnemer in acht neemt; hij schiet dan in ieder geval te kort in de nakoming van een nevenverbintenis om niet te doen.⁵⁸ De bewaargever heeft recht op schadevergoeding, indien door het gebruik van de zaak schade is opgetreden.⁵⁹

Het gebruik van de in bewaring gestelde zaak is daarnaast toegestaan, indien dit gebruik nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen. In dit geval is de bewaarnemer niet alleen volgens art. 7:603 lid 1 BW bevoegd maar ook volgens art. 7:602 (de zorg van een goed bewaarder) gehouden dit te doen.⁶⁰ Men denke bijvoorbeeld aan het afrijden van een rijpaard.⁶¹ Onder het oude recht werd daarenboven verlof tot gebruik verondersteld aanwezig te zijn, indien de aard van de in bewaring gegeven zaak dit meebracht. Boeken uit een in bewaring gegeven bibliotheek zouden bijvoorbeeld door de bewaarnemer gelezen mogen worden.⁶² Op de vraag of thans onder vigeur van art. 7:603 lid 1 BW – dat dezelfde strekking heeft als art. 1749 oud BW – de aard van de in bewaring gegeven zaak ook een zeker gebruik toelaat, wordt noch in de parlementaire geschiedenis noch in de literatuur ingegaan. Het komt mij voor dat hierin geen verandering is gekomen, en een dergelijk gebruik dus nog steeds mogelijk is.

5 ONDERBEWAARNEMING

Een andere bijkomende verplichting die samenhangt met de op de bewaarnemer rustende hoofdverplichting om de in bewaring gestelde zaak te bewaren is dat hij niet bevoegd is die zaak zonder toestemming van de bewaargever bij een derde in bewaring te geven, tenzij dit in het belang van de bewaargever noodzakelijk is (art. 7:603 lid 2 BW). Dat de bewaarnemer bevoegd is de in bewaring gestelde zaak aan een derde in bewaring te geven indien dit nood-

57 Asser-Van Schaick, nr. 133; Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 200 (Verheij), waar in nt. 200 erop wordt gewezen dat uitdrukkelijkheid wel vereist kan zijn, zoals bijvoorbeeld in art. 6:225 lid 3 BW (van de hand wijzen van toepasselijkheid van algemene voorwaarden van de aanbieder).

58 Zo Asser-Van Schaick, nr. 133.

59 Asser-Van Schaick, nr. 133, waarin daarnaast wordt opgemerkt dat voor het recht op gebruiksvergoeding een wettelijke basis ontbreekt.

60 Waarop gewezen wordt in Pitlo 6, p. 296 (Du Perron); evenzo Asser-Van Schaick, nr. 134.

61 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397.

62 Zie Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 5. Bijzondere overeenkomsten IV. Bewaargeving, bruikleen, verbruikleen etc.*, vierde/vijfde druk door W.M. Kleijn, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, nr. 11.

zakelijk is in het belang van de bewaargever, is – anders dan de bevoegdheid tot gebruik in art. 7:603 lid 1 BW – als een uitzondering op de hoofdregel geformuleerd.⁶³

Bij het aangaan van de overeenkomst kan door bewaargever aan de bewaarnemer de bevoegdheid worden verleend om het in bewaring gestelde bij een derde in bewaring te geven; dit kan uiteraard ook nog op een later tijdstip worden overeengekomen. Doch de teneur van art. 7:603 lid 2 lijkt te zijn dat de bewaarnemer hiertoe overigens niet bevoegd is,⁶⁴ althans wanneer hierover twijfel bestaat.⁶⁵ Van Schaick⁶⁶ wijst erop dat door het ‘princiële verbod’ van onderbewaarneming (waarmee de wetgever geen afstand genomen heeft van de bewaarneming als vriendendienst) de bewegingsvrijheid van de professionele bewaarder – in welk geval de bewaargever veelal ‘aan de persoon van de bewaarnemer geen doorslaggevende betekenis heeft gehecht’ – zinloos wordt beperkt; men kan hieraan alleen ontkomen ‘door uit de overeenkomst van bewaarneming een stilzwijgend verleende bevoegdheid te herleiden om een overeenkomst van onderbewaarneming aan te gaan of de uitzondering van art. 7:603 lid 2 BW ruim te interpreteren.’

De bewaarnemer die in strijd met de wet of de overeenkomst het in bewaring gestelde in onderbewaarneming geeft, neemt waarschijnlijk niet de zorg van een goed bewaarder in acht; in ieder geval schiet hij tekort in de nakoming van een nevenverbintenis om niet te doen.⁶⁷

Bij onderbewaarneming, noodzakelijk in het belang van de bewaargever, kan gedacht worden aan de situatie dat de bewaarnemer zelf niet meer in staat is op behoorlijke wijze zorg te dragen voor de bewaring van de in bewaring gegeven zaak. De noodzaak moet betrekking hebben op het belang van de bewaargever en daarom is het waarschijnlijk van belang dat de bewaargever zelf evenmin in staat is een voorziening te treffen.⁶⁸ In concreto zal volgens

63 Dit wordt onder de aandacht gebracht in Asser-Van Schaick, nr. 136, waar in dit verband wordt opgemerkt dat dit bewijsrechtelijke gevolgen lijkt te kunnen hebben.

64 *Bijzondere Contracten VIII* (losbl.), aant. 11 onder *d* bij de Inleiding op de titel Bewaargeving (De Boer/Wachter), waar is opgemerkt dat art. 7:603 lid 2 BW gedeeltelijk (te weten enkel voor wat betreft de regel dat de bewaarnemer zonder toestemming van de bewaargever niet gerechtigd is de zaak aan een derde in bewaring te geven) aansluit bij HR 16 maart 1951, NJ 1951, 676 m.nt. PhANH; AA 1951, p. 42 e.v. m.nt. JD; anders B. Wessels (*Overgangrecht* (losbl.), I-6, titel 7-9, aant. 1) die van mening is dat de bewaarnemer bevoegd is tot onderbewaarneming, indien dit uitdrukkelijk is bedongen of voortvloeit uit de overeenkomst. Uit de parlementaire stukken (*Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397) blijkt dit niet met zoveel woorden; uit de toevoeging in art. 7:603 lid 2 BW van de woorden ‘tenzij dit in het belang van de bewaargever noodzakelijk is’ zou men kunnen afleiden dat dit artikellid strikt dient te worden geïnterpreteerd.

65 Deze nuancering wordt aangebracht in Asser-Van Schaick, nr. 137.

66 Asser-Van Schaick, nr. 135.

67 Zo Asser-Van Schaick, nr. 137; vgl. ook nr. 135.

68 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397, waar ook gewezen wordt op art. 3:64 sub *b*. BW (substitutie bij volmacht); Wessels 1990, p. 751, wijst daarnaast nog op art. 7:404 BW (opdracht verleend aan een bepaald persoon).

Van Schaick steeds moeten worden bepaald of het belang van de bewaargever noopt tot de onderbewaarneming, zoals bijvoorbeeld bij een verbouwing van de bewaarplaats.⁶⁹ Du Perron noemt als voorbeeld een manege die door brand is verwoest, in welk geval de manegehouder het bij hem in bewaring gegeven paard elders zal mogen en moeten onderbrengen.⁷⁰

De overeenkomst tussen de bewaarnemer en de derde aan wie het in bewaring gestelde in onderbewaarneming wordt gegeven, is een zelfstandige overeenkomst van bewaarneming. Tussen de oorspronkelijke bewaargever en de onderbewaarnemer komt dus geen overeenkomst tot stand; de oorspronkelijke bewaarnemer geldt als bewaargever ten opzichte van de onderbewaarnemer.⁷¹ De bewaarnemer is als regel niet verplicht de bewaargever in kennis te stellen van de onderbewaarneming.⁷²

Volgens art. 7:603 lid 3 BW is de bewaarnemer voor gedragingen van een onderbewaarnemer op gelijke wijze aansprakelijk als voor eigen gedragingen. Deze regel geldt ook indien de (oorspronkelijke) bewaarnemer geen verwijt valt te maken met betrekking tot de keuze van de onderbewaarnemer (vgl. art. 6:76 BW).⁷³ Het doet er hierbij niet toe of de bewaarnemer al dan niet bevoegd was tot het in bewaring geven van de zaak aan een derde.⁷⁴ Eventueel is, indien de onderbewaarnemer onrechtmatig handelde, aansprakelijkheidsstelling van de bewaarnemer mogelijk op basis van art. 6:171 BW.⁷⁵ De bewaargever heeft recht op schadevergoeding, indien door de onderbewaarneming schade is opgetreden; de bewaarnemer is, nu nakoming blijvend onmogelijk is, zonder ingebrekestelling in verzuim.⁷⁶

69 Asser-Van Schaick, nr. 136. Volgens Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 200) ligt het voor de hand dat aansluiting wordt gezocht bij de rechtspraak op art. 6:75 BW inzake de vraag voor wiens rekening bepaalde omstandigheden zijn.

70 Pitlo 6, p. 297.

71 Pitlo 6, p. 304 (Du Perron) (implicite); Asser-Van Schaick, nr. 135.

72 Zo Asser-Van Schaick, nr. 136, die dit – mijn inziens terecht – afleidt uit het schrappen van art. 7.9.1.4 lid 4 NBW; anders Du Perron (Pitlo 6, p. 297), volgens wie de bewaargever gehouden is om, zo mogelijk, te overleggen met de bewaargever inzake het in onderbewaarneming geven.

73 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397. Uit het vervolg van art. 7:603 lid 3 BW blijkt dat deze aansprakelijkheidsregeling anders kan zijn bij niet-professionele bewaarneming.

74 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 398.

75 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 407. In dit verband tekent Van Schaick (Asser-van Schaick, nr. 135) aan dat een onderbewaarnemer gewoonlijk niet onrechtmatig zal handelen jegens de oorspronkelijke bewaargever, wanneer hij een overeenkomst van bewaarneming sluit met de oorspronkelijke bewaarnemer.

76 Zo Asser-Van Schaick, nr. 137, verwijzend naar HR 4 februari 2000, NJ 2000, 258 (*Kinheim/Pelders*).

6 TERUGGAVE VAN DE IN BEWARING GESTELDE ZAAK

De hoofdverplichting van de bewaarnemer tot teruggave van de in bewaring gestelde zaak is in art. 7:605 BW uitgewerkt. Door teruggave van het in bewaring gestelde wordt het einde van de overeenkomst gemarkeerd en daarmee het einde van de verplichting het in bewaring gestelde te bewaren.⁷⁷ Art. 7:605 BW kent de volgende bepalingen:⁷⁸

- de teruggave c.q. de terugneming dient desgevorderd onverwijld plaats te vinden (art. 7:605 lid 1 BW), tenzij de kantonrechter wegens gewichtige redenen een ander tijdstip daarvoor bepaalt (art. 7:605 lid 2 BW);
- de teruggave moet in beginsel geschieden op de plaats waar de zaak volgens de overeenkomst moet worden bewaard (art. 7:605 lid 3 BW); en
- de zaak moet worden teruggegeven in de staat waarin de bewaarnemer haar had ontvangen (art. 7:605 lid 1 BW).

Een goed bewaarnemer zal dus onverwijld of op het (door de kantonrechter) vastgestelde tijdstip⁷⁹ het in bewaring gestelde dienen af te geven in de staat waarin hij het had ontvangen;⁸⁰ dit dient in beginsel gedaan te worden op de plaats waar de zaak volgens de overeenkomst moet worden bewaard. Deze aspecten van art. 7:605 BW zullen hierna worden uitgewerkt.

⁷⁷ Vgl. Asser-Van Schaick, nr. 141. Zie ook Hof 's-Gravenhage 18 december 2001, *S&S* 2002, 109.

⁷⁸ Volgens Wessels 1990, p. 751 zijn in art. 7:605 BW de bijkomende verplichtingen omschreven, die samenhangen met de hoofdverplichting van de bewaarnemer om de zaak terug te geven. Naar Rutgers 1998, nr. 17 onder de aandacht brengt spoort deze visie van Wessels voor wat betreft lid 1 van art. 7:605 BW niet met hetgeen is opgemerkt in *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 403: 'Het komt niet verhelderend voor om de regel van art. 7:9.6 [605] lid 1 als een uitvloeisel of onderdeel van de omschrijving van art. 7:9.1 [600] te zien. Het gaat hier om een afzonderlijke bepaling betreffende het tijdstip van nakoming (...)'.⁷⁹

⁷⁹ Hoewel in art. 7:605 lid 1 BW – dat betreffende het tijdstip van nakoming in enige opzichten afwijkt van de algemene bepalingen als vervat in art. 6:38-40 BW – gesproken wordt van onverwijlde teruggave c.q. terugneming, kunnen partijen ook anders overeenkomen; daarnaast kan uit de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid anders voortvloeien (vgl. art. 6:248 BW); door de kantonrechter kan wegens gewichtige redenen (als voorbeeld worden zoal genoemd dat van de bewaarnemer in redelijkheid niet kan worden gevergd de zaak nog langer te bewaren of dat verdere bewaring voor de bewaarder zo niet onmogelijk dan toch zeer bezwaarlijk is) een van art. 7:605 lid 1 BW of van de overeenkomst afwijkend tijdstip voor teruggave of terugneming worden bepaald. Zie hieromtrent verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 en 3 bij art. 7:605 (De Boer), met uitgebreide literatuurverwijzingen.

⁸⁰ De bewaargever kan ook onverwijld teruggave vorderen van een gedeelte van het in bewaring gegevene (bijvoorbeeld één van de twee koffers) en omgekeerd kan de bewaarnemer terugname van een gedeelte van het in bewaring gestelde vorderen; zie omtrent het een en ander Wessels 1990, p. 752 en Pitlo 6, p. 298 (Du Perron), waar is opgemerkt dat partijen anders kunnen overeenkomen of dat uit gebruik of redelijkheid en billijkheid anders kan voortvloeien.

Wanneer de bewaargever teruggave van het in bewaring gestelde vordert, dient de bewaarnemer die maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om over te kunnen gaan tot uitlevering.⁸¹ Wanneer zich bij de bewaarnemer gewichtige redenen voordoen die eraan in de weg staan dat hij het in bewaring gestelde nog langer bewaart, is hij niet bevoegd die zaak eigenmachtig op straat te zetten.⁸² Het ligt dan op zijn weg om terugneming door de bewaargever te vorderen en zonodig de kantonrechter te adiëren.⁸³ Op de bewaargever rust de verplichting het in bewaring gestelde weer terug te nemen, zelfs indien het in bewaring gestelde een negatieve waarde heeft.⁸⁴

Het in bewaring gestelde dient te worden teruggegeven op de plaats waar de in bewaring gestelde zaak volgens de overeenkomst moet worden bewaard, tenzij bij de overeenkomst een andere plaats van teruggave is aangewezen. Deze regel is het meest conform de eisen van de praktijk.⁸⁵ Wat nu, indien geen plaats van bewaarneming is overeengekomen en ook niet een andere plaats van teruggave? Daarover verschillen de meningen: dan geldt de hoofdregel (art. 6:41 sub *a* BW) dat teruggegeven moet worden ter plaatse waar die zaak zich bij het ontstaan van de overeenkomst bevond⁸⁶ of ter plaatse waar de zaak in bewaring is gegeven.⁸⁷ Volgens Van Schaick⁸⁸ kan worden verdedigd dat de plaats van bewaring en teruggave als bedoeld in art. 7:605 lid 3 BW die plaats is die door de bewaarnemer moest of mocht worden gekozen voor de bewaring, een opvatting waarmee men alleen maar kan instemmen.

In beginsel zal het in bewaring gestelde dienen te worden afgegeven aan de bewaargever; uit de wet of de overeenkomst kan echter anders voortvloeien.⁸⁹ Vandaag de dag wordt veelal een reçu, een (garderobe)nummer of een

81 Zie Pres. Rb. Breda 25 november 1993, *KG* 1994, 25.

82 Zo Wessels 1990, p. 752, onder verwijzing naar de regeling van schuldeisersverzuim; evenzo Rutgers 1998, nr. 17. Zie ook Ktg. Zaandam 13 maart 1997, *Prg.* 1998, 4930.

83 Zie voor de eventuele complicaties in verband met de terugnameplicht c.q. teruggaveplicht Asser-Van Schaick, nr. 154, en voor de verplichting van de bewaargever tot terugneming *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 10 bij art. 605 (De Boer).

84 Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2001, *JOR* 2001/266.

85 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 400; evenzo: Rutgers 1998, nr. 18; Asser-van Schaick, nr. 146. Met art. 7:604 lid 3 BW is afgeweken van de hoofdregel als neergelegd in art. 6:41 onder *a* BW, waarop wordt gewezen door Wessels 1990, p. 752; Rutgers 1998, nr. 18; Asser-Van Schaick, nr. 146.

86 Aldus Wessels 1990, p. 752; Rutgers 1998, nr. 18, die daarbij opmerkt dat het zal kunnen voorkomen dat de in bewaring gestelde zaak door de bewaarnemer dient te worden teruggebracht naar de bewaargever.

87 Pitlo 6, p. 299 (Du Perron).

88 Asser-Van Schaick, nr. 149, die daarbij opmerkt: 'Bij die uitleg zwijgt art. 7:605 lid 3 BW nooit.'

89 Men denke aan een gemaakt derdenbeding, gerechtelijke bewaring (art. 853 e.v. Rv) of een ceel (art. 7:607 BW). Zie verder hierover *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 6 bij art. 605 (De Boer), met uitgebreide literatuurverwijzingen. Zie voor de vraag of de bewaarnemer bevrijdend kan afgeven aan een door de bewaargever aangewezen persoon, bijvoorbeeld omdat het in bewaring gestelde intussen aan die persoon is overgedragen, naast het in *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.) in aant. 6 bij art. 605 (De Boer) opgemerkte, Asser-Van

ander ontvangstbewijs, bijna altijd aan toonder, door de bewaarnemer afgegeven (bijvoorbeeld bij het stallen van een fiets). Een dergelijk papier geldt als legitimatiepapier maar niet tevens als waardepapier. Bij een ontvangstbewijs aan toonder wordt het recht op teruggave geldend gemaakt door het tonen van dat legitimatiepapier. Daarbij zijn art. 6:32 en 34 BW van toepassing.⁹⁰ De bewaarnemer is ingevolge art. 6:34 lid 1 BW voor wat betreft zijn verplichting tot teruggave jegens de bewaargever gekweten, indien hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat degene die het ontvangstbewijs aanbod (vinder of dief) gerechtigd was tot afgifte van het in bewaring gestelde.⁹¹ Dit is anders indien de bewaarnemer 'beter kon weten, althans extra moest opletten', bijvoorbeeld het reçu is verloren en dit is behoorlijk aan de bewaarnemer meegedeeld⁹² of de bewaarnemer is verzocht goed te letten op een nieuwe fiets die bewaargever zelf zou komen ophalen.⁹³ Wanneer het ontvangstbewijs op naam is gesteld, mag de bewaarnemer het in bewaring gegevene enkel aan de bewaargever of diens rechtverkrijgende afgeven, voor zover althans niet anders is overeengekomen; afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst wordt al dan niet tegen overlegging van het ontvangstbewijs afgegeven.⁹⁴

De bewaarnemer is gehouden de in bewaring gestelde zaak terug te geven in dezelfde staat waarin hij haar heeft ontvangen (een resultaatsverbintenis). Het in bewaring gestelde dient dus te worden teruggegeven in een staat die spoort met bewaring door een goed bewaarnemer.⁹⁵ De gewone regels van art. 6:74 e.v. BW zijn van toepassing in geval van beschadiging, waardevermindering, tenietgaan e.d. van het in bewaring gestelde.⁹⁶ De bewaarnemer die het in bewaring gestelde op het tijdstip waarop de bewaarnemingsovereenkomst een einde neemt, niet of niet in de juiste staat teruggeeft aan de bewaargever, verkeert van rechtswege in verzuim en is aansprakelijk voor de schade van de bewaargever, tenzij hij kan stellen en zo nodig bewijzen niet toereken-

Schaick, nr. 143; zie in dit verband ook Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344 inzake het ter beschikking stellen van door gedaagde bewaard sperma van de overleden man voor gebruik in het kader van een IVF-behandeling van eiseres.

90 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 388; zie ook Pitlo 6, p. 299 (Du Perron); Asser-van Schaick, nr. 170.

91 Asser-Van Schaick, nr. 170.

92 Aldus Asser-Kleijn IV, nr. 21, voor het oude recht maar vandaag de dag niet anders.

93 Rb. 's-Gravenhage 14 september 1948, *NJ* 1950, 162, welke uitspraak voor het huidige recht haar waarde niet heeft verloren.

94 Asser-Van Schaick, nr. 170. Zie in dit verband ook Rb. Haarlem 6 december 2006, *S&S* 2007, 134.

95 Asser-Van Schaick, nr. 144. Zie ook Ktr. Gouda 11 maart 2004, *Prg.* 2004, 6265.

96 In concreto betekent dit dat de bewaargever dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat er een bewaarnemingsovereenkomst is en dat een zaak in een bepaalde toestand in bewaring is gegeven; de bewaarnemer dient conform art. 6:74 en 75 BW te stellen en zo nodig te bewijzen dat er sprake is van een verhindering om de in bewaring gestelde zaak terug te geven in de staat waarin hij haar had ontvangen en dat hij om een dergelijke verhindering te voorkomen alle zorg heeft betracht die de bewaargever mocht verwachten.

baar tekortgeschoten te zijn.⁹⁷ In de bewaarnemingstitel is geen voorschrift opgenomen dat rekening en verantwoording moet worden gedaan door de bewaarnemer. Alleen al in het kader van de zorgplicht kan dit besloten liggen. Daarnaast zal ook indien het gebruik van de in bewaring gegeven zaak noodzakelijk is, er onderbewaarneming in het belang van de bewaargever plaatsvindt, of kosten dienen te worden gemaakt (art. 7:601 lid 3 BW), de noodzaak hiertoe zich doen gevoelen. Dit geldt evenzeer indien de zorgplicht van de bewaarnemer verkoop van het in bewaring gestelde meebrengt⁹⁸ en het in bewaring gestelde vruchten oplevert. Net als bij een zaakwaarnemer (art. 6:199 lid 2 BW) en een opdrachtnemer (7:403 lid 2 BW) mag van een goed bewaarnemer worden verwacht dat hij aan deze verplichting voldoet.⁹⁹

7 AFDRAGEN VAN DE VRUCHTEN

De vruchten die de zaak in het tijdvak tussen de ontvangst en de teruggave oplevert, moeten door de bewaarnemer aan de bewaargever worden afgedragen, aldus art. 7:604 BW. Dit is een bijkomende verplichting die op de bewaarnemer rust.¹⁰⁰ Mijns inziens dient – gezien de bewoording van 7:604 BW, waarbij het accent ligt op het afdragen van de vruchten – deze verplichting te worden gezien als een verplichting die met de hoofdverplichting van de bewaarder om de zaak terug te geven samenhangt. Dit neemt niet weg dat de bewaarnemer implicite verplicht is tot het tijdstip van afdracht de zorg van een goed bewaarder over de vruchten in acht te nemen, welke verplichting weer een uitwerking van de hoofdverplichting van de bewaarder is om de zaak te bewaren.¹⁰¹ Welke zorg de bewaarnemer in concreto dient aan te wenden, wordt bepaald door de bedoelingen van partijen (art. 7:604 jo. 6:27

97 Zie ook Hof Arnhem 8 augustus 2006, *NJF* 2007, 3; Rb. Rotterdam 23 november 2005, *S&S* 2008, 67. Vgl. in dit verband *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 7 bij art. 605 (De Boer).

98 Zie Asser-Van Schaick, nr. 139: de bewaarnemer heeft een verantwoordingsplicht voor de wijze waarop de verkoopprijs tot stand is gekomen (Rb. Rotterdam 20 juli 2000, *S&S* 2001, 59; zie tevens Ktg. 's-Gravenhage 17 oktober 2001, *Prg.* 2001, 5767).

99 Zie in dit verband uitgebreid *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 9 bij art. 605 (De Boer).

100 Deze verplichting stemt overeen met de strekking van bewaarneming, nu deze niet tot voordeel van de bewaarnemer strekt; zo Pitlo 6, p. 297 (Du Perron).

101 Volgens sommige schrijvers zijn de in art. 7:600 BW neergelegde hoofdverplichtingen van de bewaarnemer om de zaak te bewaren en terug te geven onder meer uitgewerkt in art. 7:604 BW (zo P.C. Knol, 'Bewaarneming in het Nieuw BW', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984/4, p. 136; Rutgers 1998, nr. 9); Wessels 1990, p. 751 ziet het afdragen van de vruchten als een bijkomende verplichting, samenhangend met de hoofdverplichting van de bewaarder om de zaak te bewaren. Gegeven de wettekst van art. 7:604 BW opteer ik ervoor om deze verplichting te zien als een bijkomende verplichting die samenhangt met de hoofdverplichting van de bewaarnemer om de zaak terug te geven; kennelijk huldigt ook Van Schaick, getuige de behandeling in Asser-Van Schaick van art. 6:704 BW (nr. 148 e.v.) na de bespreking van art. 7:605 BW (nr. 141) in § 4. *De teruggaveplicht van de bewaarnemer*, dit standpunt; evenzo Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201).

BW).¹⁰² Eveneens geldt dat de bewaarnemer de vruchten in beginsel – behoudens toestemming of noodzaak – niet mag gebruiken of in onderbewaarneming geven.¹⁰³

De afdrachtverplichting betreft volgens sommigen zowel natuurlijke als burgerlijke vruchten, als bijvoorbeeld coupons of huur die volgens art. 3:9 BW een zelfstandige zaak worden door haar opeisbaar worden.¹⁰⁴ Van Schaick merkt in dit verband op dat ‘niet zonder meer duidelijk’ is wat begrepen dient te worden onder vruchten die de zaak oplevert in art. 7:604 BW en beperkt de vruchten in art. 7:604 BW – mijns inziens terecht – tot natuurlijke vruchten, nu door zaken geen burgerlijke vruchten worden voortgebracht.¹⁰⁵ Daarbij gaat het er dan alleen om of het in bewaring gestelde natuurlijke vruchten ‘afscheidt’ (art. 3:9 lid 4 BW) in de periode tussen de ontvangst en de teruggave en niet om het ‘opleveren’ van natuurlijke vruchten.¹⁰⁶

Of en in hoeverre op de bewaarnemer de verplichting rust de vruchten te winnen, is afhankelijk van de overeenkomst (art. 6:248 lid 1 BW) en overigens van de omstandigheden van het geval; doch als regel vloeit niet uit de zorg van een goed bewaarder voort dat de bewaarnemer zich actief moet inzetten voor het afscheiden van de vruchten van het in bewaring gestelde.¹⁰⁷

Partijen kunnen een regeling overeenkomen die afwijkt van art. 7:604 BW; een afwijking kan ook voortvloeien uit de gewoonte, de aard van de overeenkomst of de eisen van de redelijkheid.¹⁰⁸

De bewaarnemer is eveneens verplicht de vruchten af te dragen, indien hij toestemming tot een zeker gebruik van de zaak heeft, tenzij de aard van het gebruik inhoudt dat de bewaarnemer de vruchten mag behouden (bijvoor-

102 Zo Paquay 1994, p. 497; zie ook hiervoor, par. 3.

103 Waarop wordt gewezen in Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 (Verheij).

104 Pitlo 6, p. 297 (Du Perron); Rutgers 1998, nr. 16; Wessels 1990, p. 752.

105 Asser-Van Schaick, nr. 148, daarin gesteund door de wetsgeschiedenis inzake art. 3:9 BW (*Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, door C.J. van Zeven en J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 94, alsook *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 3. Goederenrecht I. Algemeen goederenrecht*, veertiende druk door F.H.J. Mijnsen en P. de Haan, Deventer: Kluwer 2001, nr. 76); evenzo Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 en nt. 22 (Verheij); zie ook *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 bij art. 604 (De Boer).

106 Asser-Van Schaick, nr. 148, waartoe ook een beroep gedaan wordt op *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 399 en nt. (a), terwijl verwezen wordt naar art. 3:9 lid 1 BW (zaken die volgens verkeersopvatting als vruchten van andere zaken worden aangemerkt) en HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. WMK (*Hollander's/Raiffeisenbank*); in het geval van waardeestijging van een zaak is er geen sprake van burgerlijke vruchten, zie HR 20 juni 2003, *JOL* 2003, 339.

107 Asser-Van Schaick, nr. 149. De kosten die door de bewaarnemer zijn gemaakt om de vruchten te innen, te verkrijgen etc. komen voor rekening van de bewaargever; vgl. art. 7:601 lid 3 BW; zie Wessels 1990, p. 752; Rutgers 1998, nr. 16; Asser-Van Schaick, nr. 149 (waar de kosten van winnen, verzamelen, bewaren en verzekeren in dit verband worden genoemd); Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 (Verheij).

108 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 399; Pitlo 6, p. 298 (Du Perron, die nog opmerkt dat de bewaarnemer bederfelijke vruchten niet hoeft te laten rotten); Rutgers 1998, nr. 16.

beeld melk van in bewaring gegeven melkvee mag door de bewaarnemer worden behouden en behoeft derhalve niet met het melkvee te worden afgedragen aan de bewaargever).¹⁰⁹ Maar art. 7:604 BW is weer niet van toepassing in geval 'de zaak (natuurlijke en/of burgerlijke) vruchten afwerpt als gevolg van het gebruik of de exploitatie van de zaak door de bewaarnemer, ook als de overeenkomst hem dat gebruik of die exploitatie niet toestaat'.¹¹⁰

Inzake het tijdstip van afdracht is niets in art. 7:604 BW bepaald. In beginsel zal dit wel samenvallen met het tijdstip van afdracht van het in bewaring gestelde.¹¹¹ Dit tenzij anders is overeengekomen, dan wel de aard van de afgescheiden vrucht en de overige omstandigheden van het geval tot een ander tijdstip van afgifte – dat eerder maar ook later dan het moment van afgifte van het in bewaring gestelde kan vallen – leiden.¹¹²

De bewaarnemer is eerst dan in verzuim met het afgeven van de vruchten, indien na ingebrekestelling nakoming binnen de gestelde termijn uitblijft.¹¹³

8 EXONERATIECLAUSULES

Daar titel 7.9 BW geheel en al regelend recht bevat, zijn exoneratieclausules in beginsel geldig. Professionele bewaarders hebben gewoonlijk in standaardvoorwaarden hun aansprakelijkheid geregeld. Het regelen bij algemene voorwaarden van aansprakelijkheid ingevolge art. 7:602 BW – veelal beperking of uitsluiting – is dus op zich niet verboden.

Het beding houdende uitsluiting van aansprakelijkheid door een bewaarnemer in algemene voorwaarden is in geval van een consumentenovereenkomst in beginsel onredelijk bezwarend en derhalve vernietigbaar ingevolge art. 6:237 onder f BW.¹¹⁴ Gaat het om een bewaargever-niet-consument, dan geldt art. 6:233 sub a BW. Daarnaast geldt dat een beroep dat door de bewaarnemer wordt gedaan op een beding in algemene voorwaarden houdende uitsluiting

109 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 399 en 403; Wessels 1990, p. 752; Pitlo 6, p. 297 e.v. (Du Perron), waar nog het gebruik van een moestuin als voorbeeld is gegeven, waarover Van Schaick echter – mijn inziens terecht – anders denkt (Asser-Van Schaick, nr. 149); Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 (Verheij); afwijking van de hoofdregel in dit geval wordt door Castermans & Krans (*T&C*, aant. 1 bij art. 7:604) gegrond op de redelijkheid en billijkheid naar de aard van de overeenkomst.

110 Asser-Van Schaick, nr. 149.

111 Vgl. ook Pitlo 6, p. 298 (Du Perron).

112 Zie Asser-Van Schaick, nr. 149. Zo wijst Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201) erop dat bederfelijke vruchten wel op een eerder tijdstip zullen worden afgedragen aan de bewaargever.

113 Zo Asser-Van Schaick, nr. 149, die refereert aan art. 6:82 lid 1 BW; anders Du Perron (Pitlo 6, p. 298): de bewaarnemer is, wanneer hij vruchten achterhoudt, vanaf het moment van teruggave van de in bewaring gestelde zaak in verzuim (art. 6:83, aanhef en sub a BW).

114 Asser-Van Schaick, nr. 131, onder verwijzing naar Ktg. Groningen 8 november 2000, *TvC* 2001, p. 44 e.v.

van zijn aansprakelijkheid, vaak ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn.¹¹⁵ Uit HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 45 (*Van der Hoff/Nouwens*), kan worden afgeleid dat vrijetekening nimmer mogelijk is voor opzet, grove schuld ('een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld') of grove nalatigheid van de bewaarnemer zelf of van personen die tot de leiding van het bedrijf van de bewaarnemer moeten worden gerekend.¹¹⁶

Met betrekking tot bewaarneming wordt een beroep op exoneration ter zake van de primaire prestatieplicht of hoofdverbintenis (bewaren en teruggeven) aangemerkt als zijnde in strijd met de aard van de overeenkomst en hetgeen deze naar de eisen van de goede trouw en billijkheid voor partijen meebrengt.¹¹⁷ Exoneration bij bewaarneming is bedoeld voor het geval dat een kop koffie door de garderobist(e) wordt omgegooid over in bewaring gegeven kleding, waarbij het overeengekomene dus wordt nagekomen, maar er bij de uitvoering van de overeenkomst iets niet goed gaat.¹¹⁸ Volgens Paquay¹¹⁹ is een beroep op een exonerationclausule bij bewaarneming zelden toegelaten; het gaat immers om de aansprakelijkheid voor een hoofdverplichting die niet volledig mag worden ontweken. Du Perron¹²⁰ merkt op dat exoneration ter zake van de hoofdverplichtingen 'streng moet worden beoordeeld', doch voegt daaraan toe dat een dergelijke exoneration kan worden gerechtvaardigd door de omstandigheid dat aan de bewaring een bijzonder risico is verbonden. In

115 Asser-Van Schaick, nr. 131, verwijzend naar de redenering van Hof Arnhem 25 juli 2000, als kenbaar in HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (*Bramer/Hofman*), alsmede naar de arbitrale beslissing van 24 juni 2002, *S&S* 2003, 80.

116 Asser-Van Schaick, nr. 131 (het aldaar gebruikte woord 'bewaargever' is kennelijk een verschrijving); vgl. tevens A.F. Salomons, 'Overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake bijzondere overeenkomsten, gewezen tussen 1 juli 1993 en 1 januari 1996' (III), *WPNR* 6249 (1996), p. 912. Zie ook Hof Amsterdam 8 mei 2003, *S&S* 2004, 67; Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *S&S* 2006, 93; Hof 's-Gravenhage 27 maart 2007, *S&S* 2008, 66 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 19 november 2003, *S&S* 2005, 12); Rb. Rotterdam 30 december 1999, *S&S* 2001, 18; Rb. Amsterdam 24 december 2003, *S&S* 2005, 70; Rb. Rotterdam 17 augustus 2005, *S&S* 2006, 2. Zie voor toetsing van een exonerationclausule aan art. 6:2 lid 2 BW in een geval, waarin art. 6:248 lid 2 BW toepassing miste ingevolge art. 6:247 lid 2 BW: Rb. Middelburg 17 september 1997, *S&S* 1998, 71.

117 Zie E.H. Hondius in zijn annotatie bij Ktg. 's-Gravenhage 15 mei 1974, bekrachtigd door Rb. 's-Gravenhage 28 april 1975, *Prg.* 1975, p. 396 e.v.; Van Schaick (Asser-Van Schaick, nr. 131) acht eveneens volledige uitsluiting van aansprakelijkheid ex art. 7:602 BW door de bewaarnemer onaanvaardbaar, en refereert daarbij aan Ktg. Rotterdam 4 april 1997, *Prg.* 1997, 4776. Zie verder in dit verband ook *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 5 bij 602 (De Boer).

118 Zo G.J. Rijken, *Exonerationclausules*, diss. Utrecht 1983, p. 166.

119 Paquay 1994, p. 503 e.v., waar het voorbeeld wordt genoemd dat de bewaarnemer het rendabiliteitsargument kan aanvoeren, dat wil zeggen 'dat de transactieprijs niet de ruimte biedt om reserveringen te doen om volledige schadevergoeding te betalen, en dat er ook geen economisch verantwoorde verzekeringsmogelijkheid is'.

120 Pitlo 6, p. 296: bij voorbeeld indien een kwetsbare zaak moet worden bewaard, terwijl de bewaarnemer niet is gespecialiseerd in de bewaring van dergelijke zaken.

de visie van Van Schaick¹²¹ is aanvaardbaar een redelijke beperking van de door de bewaarnemer te betalen schadevergoeding, 'zoals een beperking tot de waarde van de zaak die hij in bewaring heeft genomen'; en ook aanvaardbaar is 'een redelijke beperking van de zorgplicht'.¹²² Kortom de concrete omstandigheden van het geval kunnen exoneratie billijken.¹²³

Had de bewaargever geen verzekering afgesloten, dan kan een exoneratiebeding door de bewaarnemer die wél voor het betreffende risico verzekerd is of had kunnen zijn, in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.¹²⁴ Beperking van de aansprakelijkheid door de bewaarnemer ter zake van diefstal en beschadiging kan echter gerechtvaardigd zijn, indien het gebruikelijk is dat het in bewaring gestelde door de eigenaar is verzekerd; dan is het 'inefficiënt dat de bewaarnemer zich voor dezelfde schade nogmaals verzekert'.¹²⁵ Ook is geoorloofd dat in algemene voorwaarden een verzekeringsplicht is opgenomen voor de bewaargever gepaard aan een exoneratiebeding ten behoeve van de bewaarder, tenzij het risico voor de bewaargever niet verzekeraar zou zijn.¹²⁶

9 TOT SLOT

Op de professionele bewaarnemer rusten twee hoofdverplichtingen (art. 7:600 BW): het bewaren van de in bewaring gestelde zaak, waarbij hij de zorg van

121 Asser-Van Schack, nr. 131.

122 Asser-Van Schaick, nr. 131, vermeldt in dit verband 'het beding dat de bewaarnemer niet aansprakelijk is voor schade aan of verlies van voorwerpen die zich bevinden in de auto die in bewaring wordt genomen.'

123 Zie voor een toegestane beperking van aansprakelijkheid conform de Fenex-condities VZR. Rb. Amsterdam 19 oktober 2006, *S&S* 2007, 79: 'Dit is temeer redelijk gelet op de onevenredigheid tussen de lage kosten voor de bewaarneming (...) en de (...) gestelde waarde van de telefoons (...) en het daarmee gepaard gaande grote risico. In die situatie ligt het op de weg van BPI [= bewaargever; MBdB] dat zij niet in de positie komt dat zij MW [= bewaarnemer; MBdB] moet aanspreken voor een schade van deze omvang; zo had zij de goederen kunnen verzekeren. Een onbeperkte aansprakelijkheid leidt tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen voor bewaarnemer MW, die voor een betrekkelijk gering bedrag een dienst verleent. Een dergelijke bewaarnemer pleegt immers in de handelspraktijk zijn aansprakelijkheid om goede reden te beperken.'

124 Dit lijkt te kunnen worden afgeleid uit HR 9 januari 2004, *NJ* 2004, 585, *AA* 2004, p. 874 e.v. m.nt. J.J. van Dunné (*Kuunders/Swinckels*). Volgens Paquay 1994, p. 504 is exoneratie voor wat betreft de verzekeringsplicht voor bewaarnemers die zeer kostbare zaken plegen te bewaren – hoewel verzekeren 'buiten andersluidende afspraak uiteraard geen prestatieverplichting van de bewaarnemer is' – ontoelaatbaar, ongeacht de hoogte van de verzekeringspenningen; daarbij merkt Paquay op dat Wessels (*WPNR* 5982 (1990), p. 752 en *WPNR* 6126 (1994), p. 162) – naar hij begrijpt – een andere mening voorstaat.

125 Zo R. Zwitter, 'Bescherming van de stuwadoors door Himalaya-clausules', *NTBR* 1998, p. 54 e.v. Zie ook Hof Arnhem 14 maart 2000, *S&S* 2001, 107 en Hof Amsterdam 11 maart 2004, *NJF* 2004, 341; *S&S* 2008, 39.

126 Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *NJF* 2005, 453; *S&S* 2006, 93.

een goed bewaarder heeft te betrachten (art. 7:602 BW) en het teruggeven van die zaak, en wel in de staat waarin hij die zaak had ontvangen (art. 7:605 BW). Maatgevend bij de bewaring zijn de inhoud van de overeenkomst, het gebruik, de aard van de in bewaring gestelde zaak en de professionaliteit van de bewaarder. Daarnaast zal de bewaarnemer in beginsel dienen te zorgen voor het behoud van de waarde van de in bewaring gestelde zaak: er rust op hem een plicht tot verzekeren tegen de gebruikelijke risico's, in het bijzonder bij bewaarneming van kostbare zaken. Ook zal de bewaarnemer maatregelen dienen te treffen om diefstal te voorkomen. In beginsel is de bewaarnemer bij de bewaring aansprakelijk voor gebruikte hulpzaken en voor personen van wier hulp hij bij de uitvoering van zijn taak gebruik maakt. Uitsluiting van aansprakelijkheid voor wat betreft de hoofdverplichtingen mag in beginsel niet worden ontweken. In geval van opzet, grove schuld of grove nalatigheid is exoneratie nimmer mogelijk; overigens is het afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval of de redelijkheid en billijkheid c.q. het gebruik exoneratie rechtvaardigen.

Op de bewaarnemer rusten tevens bijkomende verplichtingen: hij mag de in bewaring gegeven zaak alleen gebruiken voor zover de bewaargever daartoe toestemming heeft gegeven of gebruik nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen (art. 7:603 lid 1 BW), en hij mag de in bewaring gegeven zaak niet zonder toestemming in onderbewaarneming geven, tenzij dit in het belang van de bewaarnemer noodzakelijk is (art. 7:603 lid 2 BW). Een derde bijkomende verplichting die samenhangt met de verplichting om de in bewaring gestelde zaak terug te geven, is het afdragen van de vruchten die de in bewaring gestelde zaak tussen de ontvangst en de teruggave oplevert (art. 7:604 BW), terwijl de zorg van een goed bewaarnemer gedurende de bewaring in beginsel ook de vruchten betreft.

Overziet men het voorgaande dan blijkt dat de bewaarnemer dient te handelen zoals in redelijkheid mag worden verwacht van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende (professionele) bewaarnemer die zijn taak met nauwgezetheid verricht,¹²⁷ waarbij in aanmerking genomen dienen te worden de inhoud van de overeenkomst, het gebruik en de aard van de in bewaring gegeven zaak. Kortom van 'de maatman' kan bij bewaarneming niet worden gesproken, nu niet in abstracto valt aan te geven of (en wanneer) een bewaarnemer een goed bewaarder is (geweest): hij levert telkens in concreto zorg op maat, waarbij alle (feitelijke) omstandigheden van het geval maatgevend zijn.

127 Naar analogie van de voor faillissementen ontwikkelde norm in HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. WMK (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*).

15 | Een zorgvuldig vervoerder: hij die *alle* maatregelen neemt

M.H. Claringbould*

1 INLEIDING

De maatman¹ doet mij denken aan Jan Modaal² en Jan Modaal figureert nota bene in Boek 8 BW. Toen in de Eerste Kamer aan de Minister werd gevraagd of hij de term ‘gecombineerd vervoerder’ niet wilde vervangen door de meer gebruikelijke term ‘multimodaal vervoerder’ werd al geopperd dat de Minister het woord ‘multimodaal’ niet wilde hanteren omdat het teveel associaties opwekt met ‘Jan Modaal’.³ De Minister antwoordde kortaf dat hij de voorkeur bleef geven aan de term ‘gecombineerd’ boven ‘een in bastaard Latijn vervatte uitdrukking’.⁴

Dit alles neemt niet weg dat de maatman in het vervoerrecht een wel zeer bekende persoon is. Wij noemen hem alleen niet ‘maatman’ maar ‘een zorgvuldig vervoerder’. De ‘zorgvuldig vervoerder’ – of eigenlijk moet ik zeggen ‘een zorgvuldig vervoerder’ – kleurt het overmachtsbegrip in het vervoerrecht.⁵ In deze bijdrage beperk ik mij tot het goederenvervoer en meer in het bijzonder de vervoerdersovermacht.

2 EEN ZORGVULDIG VERVOERDER IN HET WEGVERVOER

Het is eigenlijk allemaal begonnen met de formulering van de vervoerdersovermacht in het wegvervoer. Art. 8:1098 lid 1 BW luidt:

■ M.H. Claringbould is hoogleraar zeerecht, Universiteit Leiden, en advocaat te Rotterdam.

1 Van Dale (twaalfde druk) omschrijft de maatman als een ‘denkbeeldig persoon met wiens inkomen een vergelijking gemaakt wordt bij de vaststelling van een vergoeding bij arbeidsongeschiktheid door invaliditeit’.

2 Van Dale (twaalfde druk): gehuwde werknemer met twee kinderen jonger dan zestien jaar, en een looninkomen dat iets onder de premiegrens van de ziekteverzekering ligt; hij betaalt alle premies voor de volksverzekeringen, maar voor geen enkele het maximum bedrag.

3 VV I (1997), Inleidende opmerkingen bij afd. 8.2.2, *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 85.

4 MvA I (1997), Inleidende opmerkingen bij afd. 8.2.2, *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 85.

5 Het woord ‘zorgvuldig’ geeft in Boek 8 BW 28 hits en naast overmacht in het goederenvervoer gaat het heel vaak over overmacht bij de verschillende vormen van personenvervoer en ook over de aansprakelijkheid van een zorgvuldig afzender (bijv. art. 8:397 BW) of van de reiziger (bijv. art. 8:114 BW).

‘De vervoerder is niet aansprakelijk voor schade ontstaan door een beschadiging, voor zover deze is veroorzaakt door een omstandigheid die een zorgvuldig vervoerder niet heeft kunnen vermijden en voor zover zulk een vervoerder de gevolgen daarvan niet heeft kunnen verhinderen.’

Let wel, deze formulering werd al gebruikt in art. 20 Wet Overeenkomst Wegvervoer, welke wet als een ‘voortrein’ (beter ware ‘voortrekker’) van Boek 8 in 1983 in werking is getreden; Boek 8, waarin de WOW werd ingevoegd als Titel 8.13 BW, trad op 1 april 1991 in werking.

In de Toelichting Schadee⁶ van 1976 wordt aangegeven waarom aan de overmachtsformulering die is overgenomen van art. 17 lid 2 CMR de term ‘een zorgvuldig vervoerder’ is toegevoegd:

‘Het Franse “le transporteur” en het Engelse “the carrier” van art. 17 lid 2 CMR zijn weergegeven met ‘een zorgvuldig vervoerder’. Aangenomen moet immers worden, dat niet de vermijdbaarheid van de schadeveroorzakende omstandigheid voor de in het geding zijnde vervoerder bevrijdend werkt, doch de zorgvuldigheid die in het algemeen redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder kan worden verwacht.’

Dat overmachts criterium is vervolgens letterlijk overgenomen – wat betreft het goederenvervoer – in art. 8:23 BW (algemene bepalingen goederenvervoer) en art. 8:898 lid 1 BW (goederenvervoer over binnenwateren). Aan zee-, spoor- en luchtvervoer besteed ik aan het einde van deze bijdrage aandacht omdat het daar net even anders (zee- en spoorvervoer) of zelfs geheel anders is geregeld (luchtvervoer).

2.1 Objectief of subjectief overmachts criterium

Naar aanleiding van deze formulering van vervoerdersovermacht ontstaat er enige discussie, die door Japikse bondig wordt weergegeven,⁷ over de vraag of door het gebruik van de term ‘een zorgvuldig vervoerder’ sprake is van een *subjectief* overmachts criterium (zoals wij dat kennen in art. 6:75 BW⁸) dan wel van een meer *objectief* overmachts criterium.

Japikse schrijft dat art. 8:23 onmiskenbaar een objectief element bevat door de meetlat te leggen bij ‘een’ zorgvuldig vervoerder.⁹ Van de Laarschot komt tot de conclusie dat de vervoerder steeds als een zorgvuldig vervoerder moet

6 TS II bij art. 8:1098 sub 2, *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 1041.

7 Asser-Japikse 7-I, nr. 164.

8 Daar staat ‘zijn schuld’, dat wil zeggen de schuld van de *betrokken* schuldenaar; de objectiveering wordt bereikt door de verwijzing naar de ‘in het verkeer geldende opvattingen’; zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 322.

9 Asser-Japikse 7-I, nr. 164.

hebben gehandeld, daargelaten of hij daartoe persoonlijk in staat was.¹⁰ Ook Haak merkt op dat de toevoeging van het adjectief 'zorgvuldig' een zekere mate van objectivering meebrengt, maar hij vindt het niet geheel duidelijk in hoeverre de mate van objectivering afwijkt van art. 6:75 BW.¹¹

In een zeer informatieve conclusie bij het arrest *Geka/Van Gend & Loos*¹² werkt A-G Huydecoper die relatie tussen de 'vervoerdersovermacht' en de overmacht van art. 6:75 BW nader uit:¹³

'Haak stelt de vraag of art. 8:1098 BW een afwijking beoogt van de in art. 6:75 BW neergelegde regel. Ik meen dat art. 6:75 BW juist alle ruimte beoogt te laten voor verdere "invulling" aan de hand van specifieke wettelijke of rechtsregels uit andere rechtsgebieden. De risicoverdeling waar art. 6:75 BW (mede) op ziet wordt immers bepaald door, onder andere, de wet en de geldende verkeersopvatting. Art. 17 CMR en art. 8:1098 BW zijn (sterke) aanwijzingen voor wat krachtens de wet en krachtens geldende verkeersopvatting de risicoverdeling tussen vervoerders en afzenders (of ladingbelanghebbenden in het algemeen) moet zijn.'

Ik kan dit niet anders lezen dan dat art. 6:75 BW weliswaar een subjectief element bevat door te vermelden dat 'overmacht' wordt bepaald door de afwezigheid van schuld van de betrokken schuldenaar (hieraan refereert Huydecoper op zich niet), maar dat art. 6:75 BW nu juist ruimte geeft aan een objectieve invulling door te verwijzen naar de wet en de geldende verkeersopvatting. En die wettelijke of rechtsregel ziet Huydecoper verwoord in art. 17 lid 2 CMR en art. 8:1098 BW. Met andere woorden 'vervoerdersovermacht' moet afgemeten worden aan objectieve maatstaven van hetgeen 'een zorgvuldig vervoerder' in het algemeen al dan niet had kunnen doen om de schade te voorkomen en er mag niet gekeken worden naar hetgeen de betrokken vervoerder al dan niet had kunnen doen.

2.2 'Alle maatregelen' in *Oegema/Amev*

Wat die 'Jan Modaal', die 'maatman', die 'algemeen gemiddelde' *zorgvuldig vervoerder* allemaal moet doen opdat de tot schadevergoeding aangesproken vervoerder zich met succes op vervoerdersovermacht kan beroepen, is aangege-

10 M.A. van de Laarschot, 'Hoe gemeen is de aansprakelijkheid van de wegvervoerder volgens Boek 8 BW?', AA 1993, p. 432 (bijzonder nummer Vervoersrecht, mei 1993). Graag wil ik de lezer nog eens attenderen op deze 'special' waarin een aantal boeiende artikelen over Boek 8 zijn opgenomen en meer in het bijzonder breng ik het levendige interview met Schadee onder de aandacht waarin Schadee vrijuit spreekt over zijn leven, zijn drijfveren en hoe je met Boek 8 BW moet omgaan.

11 T&C BW, art. 8:23 BW, aant. 1 (Haak); zie ook dezelfde auteur bij art. 8:1098 BW, aant. 1.

12 HR 10 augustus 2001, S&S 2003, 84.

13 Zie ook TS II bij art. 8:1098, *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 1041, hierboven aangehaald.

ven door de Hoge Raad in het bekende *Oegema/Amev* arrest.¹⁴ Deze vervoerder moet aantonen dat hij 'alle [cursief is van de Hoge Raad; MHC] in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder – daaronder begrepen de hulpverleners van wier hulp hij bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik maakt – te vergen maatregelen heeft genomen om het verlies te voorkomen.'

Ik merk op dat de Hoge Raad de vervoerdersovermacht zelf objectieveert door te spreken over 'een zorgvuldig vervoerder' waar het hier aan de orde zijnde art. 17 lid 2 CMR dat woord 'zorgvuldig' nu juist niet gebruikt.¹⁵

Deze in een CMR-zaak gegeven objectieve maatstaf of er al dan niet sprake is van vervoerdersovermacht kan – juist nu de Hoge Raad zelf over 'een zorgvuldig vervoerder' spreekt – mijns inziens ook worden toegepast bij alle 'vervoerdersovermachten' die in Boek 8 zijn opgenomen.¹⁶

Naar aanleiding van dit arrest is een stroom van artikelen en jurisprudentie verschenen waarin wordt aangegeven hoe (verschrikkelijk) hoog de lat is gelegd, dat die lat (veel) te hoog ligt in vergelijking met het buitenland,¹⁷ dat geen vervoerder meer over die lat kan springen of dat het de vervoerder in bepaalde gevallen toch lukt over de lat heen te springen. Zie voor een recente analyse van de rechterlijke beslissingen in 'diefstal wegvervoer' zaken – in dat soort zaken wordt de vervoerdersovermacht het meest getoetst – het uitgebreide overzicht van Haak in zijn bijdrage over de 'Aansprakelijkheid van de wegvervoerder'.¹⁸ Die strenge eisen met betrekking tot de door de vervoerder te betrachten zorgvuldigheid worden overigens met verwijzing naar de buitenlandse equivalenten van 'alle maatregelen' heel mooi verwoord door de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Arabella C.*¹⁹

A-G Spier in zijn conclusie bij *Oegema/Amev*, overigens met verwijzing naar heel veel buitenlandse literatuur, realiseert zich dat het misschien wel om een harde en meedogenloze regel gaat (concl. sub 7.11; de Hoge Raad heeft zijn regel beginnend met 'alle maatregelen' nog niet eens gegeven). Hij vindt het wel een heldere en duidelijk toepasbare regel (namelijk dat een beroep op vervoerdersovermacht niet past bij diefstal of roof) die procedures uitspaart en ook een bijdrage levert aan beperking van de kosten van transport. Of de

14 HR 17 april 1998, *S&S* 1998, 75, *NJ* 1998, 602. Dit arrest wordt ook vaak genoemd *Brada/Oegema*.

15 Zie ook T&C BW, art. 8:1098 BW, aant. 1 (Haak).

16 Zie ook Haak in: K.F. Haak e.a., *Van haven en handel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 167, die dat in ieder geval voor art. 8:1098 lid 1 BW bepleit.

17 Zie voor een kort rechtsvergelijkend overzicht: M.L. Hendrikse en H.J.G. van Huizen, *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2005, p. 122-125. Voor een meer recent overzicht van de Duitse vervoerdersovermacht zie Karl-Heinz Thume, *CMR-kommentar 2007*, Art. 17, Rdnr. 95-111.

18 K.F. Haak, in: *Syllabus Grensverleggend congres 2008*, Nootdorp: sVa/Stichting Vervoeradres 2008, p. 13-14.

19 Rb. Rotterdam 20 augustus 2003, *S&S* 2004, 115.

'harde en meedogenloze' overmachtsformulering inderdaad procedures uit-spaart waag ik te betwijfelen; ik kom daar later nog op terug.

2.3 LEGT GEKA/VAN GEND & LOOS DE LAT LAGER?

A-G Huydecoper borduurt op die harde regel voort in zijn al genoemde conclusie bij *Geka/Van Gend & Loos*,²⁰ door op te merken dat Spier het niet heeft over een redelijke mate van zorgvuldigheid maar over een maximale zorgvuldigheid. Vervolgens lijkt het erop dat Huydecoper iets terugneemt van die maximale zorgvuldigheid. De feiten in deze zaak liggen als volgt: Geka geeft op 21 mei 1992 opdracht aan Van Gend & Loos (VGL) om een partij textielgoederen (waarde f 108.000,-) te vervoeren van Sittard naar geadresseerde Zone Rouge te Brussel. Per fax geeft Geka de instructie aan VGL om de goederen in het depot Ternat af te leveren met de mededeling dat afnemer met een door de bank gegarandeerde cheque komt, die moet worden doorgefaxt naar Geka en dan volgt de cruciale zinsnede: 'Na accoord eerst afleveren.' Wanneer de goederen in depot Ternat zijn (26 mei 1992) meldt zich een zekere Jacques die een cheque heeft getoond waarvan VGL een kopie aan Geka heeft gezonden. Omstreeks 17.45 uur belt een medewerker van Geka met een medewerker van VGL met de mededeling dat de gefaxte cheque niet naar de wens van Geka is. Rond 21.10 uur diezelfde dag komt er bij VGL te Ternat een fax binnen op briefpapier van Geka waarin wordt medegedeeld 'dat de klanten vanavond nog de marchandise mogen komen afhalen'. VGL heeft de goederen vervolgens aan Jacques uitgeleverd. Achteraf is gebleken dat Jacques niet werkzaam was voor Zone Rouge en dat Zone Rouge geen goederen bij Geka heeft besteld. De aan Jacques geleverde goederen zijn, evenals Jacques zelf, onvindbaar gebleven. De aangeboden cheque is oninbaar.

Kortom, een typisch geval van oplichting door ene Jacques. De vraag is nu, wie krijgt de Zwarte Piet: afzender Geka (die kennelijk ook een door Jacques vervalste kooporder heeft geaccepteerd; dit aspect komt in deze vervoerzaak terecht niet aan de orde) of vervoerder VGL? De vraag in deze procedure is dan of VGL zich op (vervoerders)overmacht kan beroepen, en meer in het bijzonder of VGL die 'maximale' zorgvuldigheid heeft betracht.

Met A-G Huydecoper ben ik het overigens eens dat het hier eigenlijk gaat om een totaal verlies van de goederen, voor welk verlies de vervoerder alleen dan niet aansprakelijk is als hij zich op vervoerdersovermacht ex art. 17 lid 2 CMR kan beroepen (zie concl. sub 12). Het hof doet de zaak echter af op gewone overmacht (art. 6:75 BW) omdat het hier niet gaat om een remboursbeding ex art. 21 CMR (dat is op zich juist) en de goederen al feitelijk zijn afgeleverd zodat art. 17 CMR niet meer van toepassing is (dat is onjuist want aflevering

20 HR 10 augustus 2001, S&S 2003, 84, conclusie A-G Huydecoper sub 16.

aan een onbevoegde wordt in het vervoerrecht gezien als een totaal verlies van de goederen). De Hoge Raad laat deze kwestie van ‘vervoerdersovermacht’ of ‘gewone overmacht’ in het midden door zich te refereren aan het feitelijk oordeel van het hof (r.o. 3.8).

Weer terug naar die maximale zorgvuldigheid. A-G Huydecoper schrijft daarover (concl. sub 32):

‘De maatstaf die ik aan de hand van deze beschouwingen voor juist houd, is – zoals zo vaak het geval is – niet met wiskundige precisie te hanteren. Hij komt erop neer dat van de vervoerder een grote mate van oplettendheid en accuratesse wordt verlangd, maar dat aan de andere kant niet wordt geëist dat iedere onregelmatigheid, hoe klein ook, wordt opgemerkt (en (dus) ook niet dat er controlevoorzieningen zijn die iedere kans op fouten uitsluiten).’

En over de oplichting als zodanig merkt A-G Huydecoper op (concl. sub 34):

‘Ik neem daarbij tot uitgangspunt de veronderstelling – die enige steun vindt in het feit dat er vrijwel geen jurisprudentie daarover bestaat – dat het een uitzondering is dat men in de praktijk van het wegvervoer in dit deel van Europa met oplichting zoals die hier heeft plaatsgehad, wordt geconfronteerd. Verder geldt dat oplichting er naar zijn aard op gericht is, degene(n) tegen wie de betreffende activiteiten worden ondernomen te misleiden. Daaraan is dan inherent dat menigeen door de trucks van een “goede” oplichter misleid zal worden.’

En even verder (concl. sub 35):

‘De beoordeling of de oplichting in het desbetreffende geval had moeten worden opgemerkt, dan wel of die zo geraffineerd was en zo weinig aanknopingspunten voor herkenning bood dat ook een goed vakman daar niet op verdacht hoefde te zijn, vergt een overwegend feitelijke beoordeling van de omstandigheden van het geval – ik gaf al aan dat toetsing daarvan in cassatie mij slechts in beperkte mate mogelijk lijkt.’

En ja hoor, de Hoge Raad overweegt dat het hof de vraag had te beantwoorden wie van partijen het risico behoorde te dragen van de ontvangst van en het gevolg geven aan de fax, die later een vervalsing bleek te zijn en waarin misbruik was gemaakt van het briefpapier van Geka, en de Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het hof deze vraag terecht heeft beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, en hij komt tot de slotconclusie dat het allemaal te feitelijk is om in cassatie te toetsen (r.o. 3.8).

De schrijvers van Hoofdstuk 7 over de aansprakelijkheidsgronden van art. 17 CMR²¹ vragen zich na bespreking van bovengenoemd arrest af of de

21 Hendrikse en Van Huizen 2005, p. 122; die auteurs van hoofdstuk 7 zijn: E.J. Blom, P.L. Bobeck, Y. Boon, D. Dokter en V.Q. Vallenduuk.

Hoge Raad door middel van deze uitspraak indirect de strenge uitleg van de overmachtsclausule in art. 17 lid 2 CMR iets zou hebben willen nuanceren.

De Rotterdamse advocaat, mr. B.S. Janssen, die een grote CMR-praktijk heeft, schrijft dat A-G Huydecoper in deze zaak iets meer ruimte lijkt te scheppen voor een succesvol beroep op overmacht in de zin van art. 17 lid 2 CMR (verwezen wordt naar de passage hierboven aangehaald in diens conclusie sub 32) maar Janssen voegt daar wel aan toe dat men zich kan afvragen of dit wel geheel overeenstemt met de door A-G Spier bij *Oegema/Amev* aangegeven maatstaf (namelijk het betrachten van de uiterste, maximale zorgvuldigheid).²²

Ik ben van mening dat A-G Huydecoper hier niet de 'zorgvuldigheidslat' lager legt dan in *Oegema/Amev* en de Hoge Raad doet dat al helemaal niet door te concluderen dat het hof in *Geka/Van Gend & Loos* de lat feitelijk al op de juiste hoogte heeft gelegd. Immers het moge dan zo zijn dat de Hoge Raad voorschrijft dat de vervoerder *alle* (zoals gezegd, het cursief is van de Hoge Raad) maatregelen moet hebben genomen om het verlies te voorkomen, maar tussen die woorden 'alle' en 'maatregelen' staat nog de bijvoeglijke bepaling 'in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder – daaronder begrepen de personen van wier hulp hij bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik maakt – te vergen'. Kortom, Huydecoper houdt alle feiten in die atypische oplichtingszaak nog eens goed tegen het licht en hij vindt dan dat de betreffende medewerker van Van Gend & Loos in de door hem geschetste omstandigheden er niet op bedacht hoefde te zijn dat de om 21.10 uur door hem ontvangen fax een vervalsing bleek te zijn. Redelijkerwijs konden van deze medewerker, slachtoffer van een oplichting, geen nadere maatregelen gevegd worden om te verhinderen dat de goederen in verkeerde handen zouden komen. En kennelijk – maar dat objectieve aspect wordt hier enigszins uit het oog verloren – zou dit moeten gelden voor iedere medewerker van een zorgvuldig vervoerder die zich in dergelijke omstandigheden bevindt.

Voor een soortgelijke oplichtingszaak, maar dan in Italië, zie *Demm/De Mooy*²³ waar vervoerder Demm eveneens (pas bij het hof...) de dans ontspringt. Die zaak was overigens geheel opgezet in het kader van art. 12 lid 3 CMR, het nakomen van instructies van de geadresseerde en zij leert ons dus niets over de interpretatie van vervoerdersovermacht.

2.4 Wijsheid achteraf

Achteraf kun je natuurlijk makkelijk zeggen dat het ontzettend stom was van die medewerker van VGL om na ontvangst van een korte fax om 21.10 uur de waardevolle goederen nota bene die avond nog te laten ophalen uit de loods

22 B.S. Janssen, 'Vervoerdersovermacht en ophelderingsplicht in het wegvervoer', *Euroforum Syllabus 27 september 2007, Aansprakelijkheid in het vervoer*.

23 Hof Den Haag 28 november 2006, *S&S* 2007, 136.

(en niet de volgende dag af te leveren), terwijl je drie en een half uur eerder nog telefonisch van een medewerker van afzender Geka hebt gehoord dat het met de cheque niet goed zat, maar dat is dus typisch ‘wijsheid achteraf’. Haak noemt dat de ‘*hind sight bias*’, op grond waarvan het verleidelijk is om met wijsheid achteraf alternatieve maatregelen te suggereren.²⁴ Overigens, in meeste andere CMR-zaken waarin de goederen aan een onbevoegde (meestal in Moskou) zijn afgegeven, lukt het beroep op overmacht niet.²⁵

Laat ik nog eens terugkijken naar *Oegema/Amev*. Ook dan kun je je afvragen wat de chauffeur van Oegema nog meer had kunnen doen toen hij om 22.50 uur aankwam bij een gesloten poort van het vleesverwerkingsbedrijf Fratelli Zocche te Villaverla in Noord-Italië. De chauffeur had die middag al laten bellen met Zocche met de mededeling dat hij pas rond 23.00 uur zou aankomen en Zocche zou hebben bevestigd dat de poort dan nog open zou zijn.²⁶ De chauffeur heeft zijn vrachtwagen voor het goed verlichte terrein van Zocche geparkeerd en is in zijn cabine gaan slapen. Omstreeks 01.00 uur is de chauffeur door drie gewapende mannen overvallen; hij en de vrachtwagen zijn meegenomen en een eind verderop is de chauffeur vrijgelaten. De vrachtwagen werd later leeg teruggevonden; schade f 210.000,-.

Navrant is dat in het vonnis van de rechtbank nog wordt vermeld dat directeur Zocche om 01.00 uur thuiskwam bij zijn bedrijf (r.o. 2.1 standpunt Amev en r.o. 3.3 standpunt Oegema) maar kennelijk was de roofoverval toen net gebeurd. Of Zocche heeft de vrachtwagens (let op, volgens de chauffeur Hoekmeijer zou er rond 24.00 uur een Deense vrachtwagen achter hem zijn geparkeerd) kennelijk niet zien staan voor zijn bedrijf. Persoonlijk vind ik de ‘film der gebeurtenissen’ hier wat wringen en bij het hof horen we niets meer over directeur Zocche. Het hof is wel van mening dat de door Oegema tot in details gestelde toedracht van de overval voldoende wordt bevestigd door de expertiserapporten en andere objectief verifieerbare feiten (r.o. 1 en 2 eindarrest).

De rechtbank komt tot het oordeel ‘vervoerdersovermacht’. Het hof vernietigt met als voornaamste argument dat chauffeur Hoekmeijer gelet op de waarde van de lading en de gegeven instructies (‘Maak indien mogelijk afspraken met uw losadres’ maar ook ‘Parkeer nooit op stille plaatsen maar maak altijd gebruik van bewaakte parkeerplaatsen’), nadat hij was geconfronteerd met het feit dat het bedrijfsterrein van Fratelli Zocche, ondanks eerder gedane toezeggingen, niet voor hem toegankelijk was, in beginsel had moeten uitwijken naar een beveiligde parkeerplaats (r.o. 6.2). Die beveiligde parkeerplaats

24 Haak 2008, p. 13.

25 Rb. Rotterdam 22 november 2006, *S&S* 2007, 115; Rb. Rotterdam 28 januari 2004, *S&S* 2005, 45; Rb. Rotterdam 20 augustus 2003, *S&S* 2004, 125; Hof Den Haag 23 februari 1999, *S&S* 2003, 93; Rb. Rotterdam 12 mei 2004, *S&S* 2006, 21; Hof Arnhem 17 augustus 2004, *S&S* 2005, 105.

26 Rb. Leeuwarden 6 januari 1994, *S&S* 1996, 56, r.o. 4.3.2.

bevond zich op 50 à 60 kilometer van Villaverla nabij Verona, een uur rijden grotendeels over binnenwegen. Dat de chauffeur (die al 13 uur had gereden) door wel naar die bewaakte parkeerplaats te rijden, het Rijtijdenbesluit zou hebben overtreden, vond het hof geen bezwaar nu van dat Besluit mag worden afgeweken als dat nodig is voor de veiligheid van personen, vrachtwagen of lading, mits de verkeersveiligheid niet in gevaar wordt gebracht (r.o. 6.4). Vervolgens ontstaat er nog een heftige discussie of de chauffeur wel of niet fysiek in staat was door te rijden naar die parkeerplaats,²⁷ maar uiteindelijk wil het hof daar niet aan en de Hoge Raad 'begrijpt' het hof; A-G Spier vond het overigens wel een terechte klacht, maar Oegema mist daarbij belang (sub 5.4).

Opzettelijk heb ik deze 'film der gebeurtenissen' enigszins uitgebreid getoond en laten zien hoe de rechters inclusief de A-G met die gebeurtenissen omspringen. Wanneer Haak de feiten kort weergeeft in zijn boek 'Van haven en handel' eindigt hij die beschrijving met: 'Een schoolvoorbeeld van overmacht zou men denken.'²⁸ En inderdaad, zo dacht de rechtbank erover, maar niet het hof, de A-G en de Hoge Raad.

Dan wil ik toch nog aandacht vragen voor een klein detail. Oegema had gesteld dat voor 1991 de meeste ladingdiefstallen in Italië plaatsvonden uit onbemande en op onbewaakte terreinen achtergelaten vrachtwagens. Het hof merkt dan echter fijntjes op dat de bewuste chauffeur Hoekmeijer voor 17 januari 1991 al twee keer met een (poging tot een) gewapende overval is geconfronteerd terwijl hij zich in of bij zijn vrachtwagen bevond. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de raadsheren van het hof in hun achterhoofd hebben laten meewegen dat men hier te doen had met een 'ervaren' chauffeur die als gewaarschuwd mens voor twee telde: hij had hoe dan ook het zekere voor het onzekere moeten nemen en naar een bewaakte parkeerplaats moeten rijden.

En ook een echte ervaringsdeskundige in het wegvervoer, mr. Wijngaards, schrijft naar aanleiding van het Hoge Raad arrest dat het in de ritplanning al fout is gegaan.²⁹ De planners op de thuisbasis van de vervoerder moeten de rit zo inplannen dat er 's avonds niet in Italië gereden hoeft te worden, althans dat je zeker weet dat je 's nachts op een bewaakte parkeerplaats kunt overstaan. Wijngaards schrijft zelfs over een zwaardere zorgvuldigheidsnorm bij vervoer naar Italië en Rusland.

27 Zie hof r.o. 6.4; middel 4 in cassatie; A-G Spier sub 5 ('Veronachtzaming van het vermoedingsargument?'); en Hoge Raad r.o. 3.7.

28 Haak in: K.F. Haak e.a., *Van haven en handel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 166; dit boek is bestemd voor de studenten in het laatste jaar van de bachelorfase rechten aan de Erasmus Universiteit (zie woord vooraf).

29 M.J.P.M. Wijngaards, *De Beursbengel* 1999-mrt, p. 10-14 en m.n. p. 11 rechterkolom; Wijngaards was toen directeur operations en thans directeur Corporate Affairs bij Jan de Rijk Logistics in Roosendaal.

Over die ‘wijsheid achteraf’ is het aardig om de profetische woorden van Basedow aan te halen, al geschreven in 1987:³⁰

‘Jedes Gericht verlangt von ihm [de vervoerder, MHC] etwas mehr Sorgfalt, als er in Schadesfall geleistet hat; *dabei wachsen die Anforderungen fortwährend.*’ [cursief MHC]

Vervolgens bespreekt hij voor een heleboel situaties wat een chauffeur allemaal moet doen als hij ergens op een parkeerplaats (gedurende de nacht) moet overstaan. En tot slot verzucht Basedow, na de volgende opmerking over het verhinderen van een roofoverval:

‘Auch die Übernachtung des Fahrers im LKW reicht nicht aus: eine zusätzliche Wache hätte die Räuber vielleicht abgeschreckt. Es ist nur konsequent, wenn schließlich schon der Entschluß zur Nachtfahrt durch Italien als Verstoß gegen der verschärften Sorgfaltsmaßstab der CMR gewertet wird.’

2.5 Wel een beroep op vervoerdersovermacht

Maar Oegema vist niet altijd achter het net. In datzelfde jaar 1991 (5 december) wordt nog een wagen met vlees (waarde f 201.000,-) door drie overvallers overvallen en leeggehaald. Ook hier arriveerde chauffeur Ludema om 23.00 uur bij de Italiaanse geadresseerde maar was het terrein nu wel open en nog belangrijker, het was beveiligd. Na ampele overwegingen en natuurlijk na afweging van de vraag of Oegema nu wel ‘alle (...) maatregelen’ had genomen, komt de rechtbank tot het oordeel dat gezien de aard en de omvang van de maatregelen die de geadresseerde heeft genomen om haar bedrijfsterrein te beveiligen, Ludema niet kan worden verweten dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld door zijn vrachtwagen gedurende de nacht op dit terrein te parkeren (r.o. 8.2).³¹

En nu we toch met roofovervallen bezig zijn: bij het Hof Arnhem slaagt een beroep op vervoerdersovermacht bij een roofoverval door nepagenten in Polen,³² terwijl bij een zelfde soort overval door nepagenten, ook in Polen, de Rechtbank ‘s-Hertogenbosch het beroep op vervoerdersovermacht niet

30 J. Basedow, *Der Transportvertrag*, Tübingen: Mohr 1987, p. 399; ook aangehaald door M.A. van Laarschot in de special ‘Vervoersrecht’, AA 1993, p. 433 en ook A-G Spier verwijst in zijn conclusie onder 4.4 bij *Oegema/Amev* naar dit citaat van Basedow.

31 Rb. Leeuwarden 9 april 2003, S&S 2004, 46.

32 Hof Arnhem 3 mei 2005, S&S 2006, 23.

honoreert: een dergelijk transport van dure elektronica had onder konvoobegeleiding moeten worden uitgevoerd.³³

En er zijn nog een paar recente zaken waar het beroep op overmacht wordt gehonoreerd: de vervoerder mocht een trailer met televisietoestellen laten overstaan op een door de afzender geaccordeerd en ook beveiligd terrein,³⁴ de ondervoerder die geen veiligheidsinstructies had gekregen en aan wie niets was verteld over de diefstalgevoeligheid van de lading, mocht ervan uitgaan dat de door hem genomen veiligheidsmaatregelen (stallen van de vrachtwagen in een afgesloten loods op zijn omheinde bedrijfsterrein) afdoende waren,³⁵ de ondervoerder die in opdracht van zijn afzender (de hoofdvervoerder) de container op het goed beveiligde terrein van de hoofdvervoerder gedurende de nacht moest laten overstaan,³⁶ en tot slot de vervoerder die betrokken raakt bij een verkeersongeval (plotseling komt een personenwagen, na een aanrijding op de andere weghelft, terecht op de weghelft van de vrachtwagen).³⁷

Vormen deze uitspraken de spreekwoordelijke zwaluw die voor de vervoerder de zomer maakt (beroep op vervoerdersovermacht kan wel slagen)? Haak denkt na zijn analyse van de rechtspraak over vervoerdersovermacht van niet.³⁸ Hij schrijft:

‘We zijn zo langzamerhand de overmacht voorbij, het “*point of no return*” is bereikt.’

Maar tegelijkertijd merkt Haak op dat het verband tussen de economisch effectieve inspanning van de vervoerder om diefstal te voorkomen en de door de rechter genormeerde zorgplicht dubieus is. Haak vindt die ontwikkeling onwenselijk en hij vraagt zich af of de van de vervoerder gevraagde inspanningen om veiligheidsmaatregelen te nemen nog wel rendabel zijn met het oog op het reduceren van de kans op diefstal. Tot slot bepleit Haak dat op dit punt nader onderzoek is geboden door de logistieke organisaties in samenspraak met de verzekeringspraktijk.

Met andere woorden – en daarmee kort door de bocht – vraagt Haak zich af of de rechters achter de groene tafel de lat van de zorgvuldigheid niet (veel) te hoog hebben gelegd voor de vervoerder om er nog op economisch verantwoorde wijze overheen te kunnen springen. Oftewel, dat het voor de vervoerder niet meer rendabel wordt om nog meer veiligheidsmaatregelen te nemen met als doel dat als er toch gestolen wordt, hij zich op vervoerdersovermacht

33 Rb. 's-Hertogenbosch 21 april 2004, *S&S* 2006, 22, bekrachtigd door Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2007, *LJN* BA2458. Zie ook K.F. Haak, 'Wie draagt het risico van roofovervallen in het wegvervoer?', *Weg en Wagen* 2004-mrt, nr. 47.

34 Rb. 's-Hertogenbosch 15 februari 2006, *S&S* 2007, 135.

35 Rb. Breda 30 juni 2004, *S&S* 2006, 36.

36 Hof 's-Gravenhage 30 oktober 2007, *LJN* BB9153.

37 Hof 's-Gravenhage 27 september 2005, *S&S* 2006, 139.

38 Haak 2008, p. 14.

kan beroepen. Het wordt dan goedkoper voor de vervoerder om zijn aansprakelijkheid tegen een redelijke premie te verzekeren. En zoals Haak terecht opmerkt, biedt de kilolimiet³⁹ dan uitkomst. De kosten blijven overzichtelijk en dat wordt pas anders wanneer door de limiet wordt heen gebroken.⁴⁰

Voordat ik verdere conclusies trek over de economische gevolgen van het al dan niet heel hoog leggen van de zorgvuldigheidslat, stip ik kort de overmachtsformules in het zeerecht, het spoorvervoer en het luchtrecht aan.

3 ZEERECHT

Het aansprakelijkheidsregime voor het (cognossements)vervoer van goederen over zee is geheel gedictieerd door de Hague(-Visby) Rules, welk aansprakelijkheidsregime vrijwel letterlijk is overgenomen in de artikelen 8:381 en 383 BW.⁴¹ Het overmachtscriterium is geformuleerd in art. 8:383 lid 2 q BW:

‘Onder een vervoerovereenkomst al dan niet onder cognossement is de vervoerder noch het schip aansprakelijk voor verlies of schade ontstaan of voortgevloeid uit: (...) q) enig andere oorzaak, niet voortgevloeid uit de persoonlijke schuld van de vervoerder, noch uit schuld of nalatigheid van zijn agenten of ondergeschikten.’

De realiteit gebiedt echter te zeggen dat we bij zeeladingschades zelden toe- komen aan deze ‘catch all’ bepaling,⁴² nu de zeevervoerder een veel grotere lijst van ontheffingen ter beschikking staat dan enig andere vervoerder en – minstens zo belangrijk – dat diefstal op zee eigenlijk niet voorkomt (behalve piraterij) en als er al bij zeevervoer gestolen wordt zal dat zijn op de (con- tainer)terminals. Maar voor schade buiten boord mag de zeevervoerder zich vrijtekenen met de ‘period of responsibility clause’.⁴³

Terecht wijst Margetson⁴⁴ erop dat ‘2 q’ slechts als een residubepaling fungeert en dat het slechts zelden voorkomt dat de q-clausule met succes door de vervoerder wordt ingeroepen wanneer de andere exoneraties het laten afweten.

39 Nationaal wegvervoer: €3,40 p/kg; internationaal wegvervoer (CMR): 8.33 SDR (± €9,-) p/kg.

40 Zie over de verzekering van de vervoerdersaansprakelijkheid M.H. Claringbould, ‘Verzeke- ringen en vervoer’, *Weg en Wagen* 2008-mei, nr. 56.

41 Zie ook de voordracht van regeringscommissaris Schadee in de Eerste Kamer op 27 maart 1979, *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 21.

42 Zie N.J. Margetson, *The system of liability of Articles III and IV of the Hague [Visby] Rules* (diss. UvA), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008, par. 5.5 ‘The catch all exception’, p. 157-167. Zie ook A. von Ziegler, *Haftungsgrundlage im internationalen Seefrachtrecht*, Baden-Baden: Nomos 2002, nr. 565-588.

43 A. Chao en Ti Han Nguyen, ‘Verkorting aansprakelijkheidsperiode bij zeevervoer’, *Tijdschrift Vervoer en Recht* 2007, p. 193.

44 Margetson 2008, p. 167.

Over de hoogte waarop de zorgvuldigheidslat van de zeevervoerders ligt valt dan ook weinig te zeggen.

De Hamburg Rules (uit 1978) openen het aansprakelijkheidssysteem wel met een algemene overmachtsformule. Art. 5, par. 1 luidt:

'The carrier is liable (...) unless the carrier proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences.'

Het is duidelijk dat de Hoge Raad in *Oegema/Amev* zich heeft laten inspireren door deze overmachtsformule, hoewel in dat arrest noch in de uitgebreid gedocumenteerde conclusie van A-G Spier naar de Hamburg Rules wordt verwezen.

Ook het komende UNCITRAL-Verdrag⁴⁵ opent met een algemene overmachtsformulering in art. 17 lid 2:

'The carrier is relieved of all or part of its liability pursuant to paragraph 1 of this article if it proves that the cause or one of the causes of the loss, damage or delay is not attributable to its fault or to the fault of any person referred to in article 18.'

Nu deze vervoerdersovermacht weer anders is omschreven dan in de Hamburg Rules verwacht ik dat daar in de toekomst nog veel over zal worden geschreven.⁴⁶

In het zeerecht gaat het veel meer om de redelijke zorg (*due diligence*) die de vervoerder onder cognossement moet betrachten ten aanzien van de zeewaardigheid van het schip.⁴⁷ Over die zeewaardigheidszorg zijn boeken vol geschreven. Ik volsta hier met een verwijzing naar het recente arrest van de Hoge Raad over de zeewaardigheidszorg voor de scheepscontainers⁴⁸ en de recente overzichten over de zeewaardigheidszorg in *Margetson*⁴⁹ en *Tetley*.⁵⁰

45 Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (A/CN.9/XLI/CRP.9 – 27 June 2008).

46 Het eerste grote overzicht is van A. Diamond, 'The next sea carriage Convention', *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly* 2008, part 2, p. 135-187, die overigens niet ingaat op deze algemene overmachtsformulering.

47 Zie art. 8:381 lid 1 jo. 383 lid 1 BW; art. III lid 1 jo. IV lid 1 HVR en art. 14 jo. 17 lid 5 (b) UNCITRAL.

48 HR 1 februari 2008, *S&S* 2008, 46.

49 Margetson 2008, par. 3.5-3.8.

50 W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, Thomson Carswell 2008, Chapter 15 'Due Diligence to make the vessel seaworthy', p. 875-950.

4 SPOORVERVOER

De overmachtsformulering in de spoorvervoeroverdragen diende als voorbeeld voor art. 17 lid 2 CMR en deze formulering is ook in het nieuwste spoorvervoeroverdrag COTIF-CIM 1999 gehandhaafd (art. 23 lid 2):

‘The carrier shall be relieved of this liability to the extent that the loss or damage (...) was caused by (...) circumstances which the carrier could not avoid and the consequences of which he was unable to prevent.’

Bij de incorporatie van dit nieuwe spoorwegrecht in Boek 8 BW (per 1 december 2006)⁵¹ is bovengenoemde overmachtsformulering letterlijk vertaald in art. 8:1571 (‘(...) of door omstandigheden die de vervoerder niet kan vermijden en waarvan hij de gevolgen niet kon verhinderen’). Hoeks merkt op dat de term ‘zorgvuldig’ is weggelaten,⁵² maar ik ben het met haar eens dat dit niet betekent dat de aansprakelijkheid minder strikt zou zijn.

5 LUCHTVERVOER

Het meest interessant met betrekking tot de (hoogte van de) zorgvuldigheidslat is wellicht het nieuwe luchtvervoerrecht. De lat die de zorgvuldigheidsnorm voor de luchtvervoerder bevat is in het oneindige verdwenen! De vervoerder van goederen door de lucht is namelijk altijd aansprakelijk voor schade aan of verlies van de goederen, hoe zorgvuldig hij ook heeft gehandeld om dat verlies of die schade te voorkomen.

Art. 18 Verdrag van Montreal 1999 en het daarmee overeenstemmende art. 8:1353 BW is namelijk geformuleerd als een risicoaansprakelijkheid (*strict liability*).⁵³ De overmachtsformulering werd in het Verdrag van Montreal geschrapt.⁵⁴

Maar tegenover deze *strict liability* staat een volstrekt ondoorbreekbare limiet van 17 SDR per kilogram (art. 22 lid 3 VvM; art. 8:1359 lid 1 BW).⁵⁵ Deze limiet houdt zelfs stand bij bewezen opzet van de vervoerder zelf (de leidinggevendenden van de vennootschap) en van diens ondergeschikten.⁵⁶

51 Zie T&C BW, Titel 18, Inleidende opmerkingen, aant. 1 (Hoeks).

52 T&C BW, art. 8:1571 BW, aant. 2 (Hoeks).

53 Zie T&C BW, art. 8:1353, aant. 1 (Haak), en veel uitgebreider J. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, par. 5.3, p. 188-207 en m.n. p. 194 over *strict liability*.

54 Koning 2007, p. 195.

55 Koning 2007, p. 191.

56 Koning 2007, par. 6.3.4 (Afschaffing van de doorbraakregeling), p. 287-297; van belang is ook de kritiek (par. 6.3.4.2) op de ondoorbreekbare limiet.

Dat betekent dat als er voor € 75 miljoen aan diamanten (gewicht 1 kilogram) op Schiphol wordt gestolen en het Verdrag van Montreal van toepassing is, de luchtvervoerder kan volstaan met het aanbieden van 17 SDR (ca. € 18,-) als gelimiteerde schadevergoeding; de ladingbelanghebbende kan hoog of laag springen maar meer krijgt hij niet!

Deze risicoaansprakelijkheid en vooral de ondoorbreekbare limiet die al zijn intree heeft gedaan met de inwerkingtreding van het Protocol 4 van Montreal per 14 juni 1998, heeft ertoe geleid dat de ladingschadepraktijk in het luchtvervoer (wij plegen op te treden voor de luchtvervoerders) in de afgelopen jaren vrijwel geheel is opgedroogd. Immers de luchtvervoerder is bij diefstal van bijna altijd kostbare goederen⁵⁷ weliswaar aansprakelijk, maar hij mag zich altijd (dus ook bij diefstal door eigen personeel) op de limiet van 17 SDR (ca. € 18,-) per kilogram beroepen.

Maar er is ook een keerzijde. In een gesprek bij de promotieborrel van Inge Koning vertelde een luchtvaartjurist mij (typische borrelpraat dus...) dat luchtvervoerders steeds minder ervaring krijgen met het behandelen van ladingclaims (een zending van 1.000 kilogram werd zonder meer vergoed tot de limiet van € 18.000,-, terwijl later duidelijk werd dat de schade zich buiten de aansprakelijkheidsperiode van de luchtvervoerder had voorgedaan). Maar commercieel veel belangrijker was dat enkele grote computerfabrikanten dreigden op te stappen als klant, indien er nog één keer uit de loads van de luchtvervoerder gestolen zou worden en als de luchtvervoerder niet alles op alles zou zetten om de *security* te waarborgen.

Met andere woorden de – ik moet benadrukken: grote – klanten van de luchtvervoerder dwingen hem om de zorgvuldigheidslat misschien nog wel hoger te leggen dan de rechters doen in de ‘diefstal wegvervoer’ zaken.

6 CONCLUSIE OVER EEN ‘ZORGVULDIG VERVOERDER’

We hebben gezien dat de lat voor de in acht te nemen zorgvuldigheid door de maatman in het vervoerrecht, *een* zorgvuldig vervoerder, door de Hoge Raad in *Oegema/Amev* – overigens in navolging met de buitenlandse rechtspraak hierover – behoorlijk hoog en volgens sommigen veel te hoog is gelegd. Toch gebruikt de Hoge Raad met zijn formulering ‘*alle* in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder te vergen maatregelen’ ook de woorden ‘redelijkerwijs’ en ‘in de gegeven omstandigheden’. Ik denk dat de A-G Huydecoper in zijn conclusie bij *Geka/Van Gend & Loos* niet de zorgvuldigheidslat lager legt, maar dat hij gelet op de omstandigheden van het atypische geval van oplichting het redelijker vindt dat niet de vervoerder VGL met de Zwarte Piet blijft zitten maar afzender Geka, die – dat moeten we

⁵⁷ Alles wat kostbaar is, wordt door de lucht vervoerd, zoals goud, geld, edelstenen en vooral de duurdere elektronica (hard disks etc.).

niet vergeten – ook de kooporder van een zekere Jacques (de oplichter) heeft aanvaard.

Maar sinds een paar jaar wordt die zorgvuldigheidslat door de rechter wel eens wat lager gelegd. Dat is met name het geval als de afzender instructies geeft waar de vervoerder zijn vrachtwagen met dure lading moet laten overstaan. In dat soort ‘schrijnende’ gevallen neemt de rechter sneller aan dat de vervoerder ‘alle maatregelen’ heeft genomen om de diefstal te voorkomen. De harde en meedogenloze regel waar A-G Spier in zijn conclusie voor *Oegema/Amev* over spreekt, wordt soms toch met mededogen toegepast.

En hiermee komen we op een gevoelig punt terecht. Want zodra de termen ‘redelijkerwijs’ en ‘in de gegeven omstandigheden’ de hoogte van de zorgvuldigheidslat kunnen beïnvloeden, zullen vervoerdersadvocaten iedere strohalm aangrijpen om die lat omlaag te krijgen. Een procedure wordt begonnen, een schikking beproefd, er wordt doorgeprocedeerd en zowaar een heel enkele keer slaagt de vervoerder erin de rechter ervan te overtuigen dat hij ‘alle in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder te vergen maatregelen’ heeft genomen. En als de rechter toch het beroep op vervoerdersovermacht afwijst gaan we toch zeker in hoger beroep. De kosten lopen op! De hoopvolle opmerking van A-G Spier in *Oegema/Amev* (sub 7.12) dat een harde en medogenloze regel leidt tot het uitsparen van procedures en aldus een bijdrage levert aan de beperking van de transportkosten, is – zo vrees ik – een illusie gebleken.

De zorgvuldigheidslat kan nog steeds bewegen en dus zal er ook steeds geprocedeerd blijven worden zoals een overvloedige lijst van jurisprudentie ook bewijst in allerlei ‘vervoerdersovermacht’ zaken. Pas als er een keiharde regel is (geen beroep op vervoerdersovermacht, *strict liability* en geen doorbreking van de kilolimiet, zoals in het (nieuwe) luchtvervoerrecht, droogt de ladingpraktijk op en lopen in ieder geval de advocatenkosten en de kosten van de schadebehandelaars bij de verzekeringsmakelaars en verzekeraars sterk terug. Nogmaals: alleen een echte *hard and fast rule* helpt, een regel die in sommige gevallen onredelijk is en tegen het rechtsgevoel ingaat.

Maar de echte winst – in letterlijke zin – zit hem in de ondoorbreekbare kilolimiet. De meeste ‘diefstal wegvervoer’ zaken gaan niet zozeer over de vraag wat al dan niet vervoerdersovermacht is, maar over de vraag: ‘Kunnen we al dan niet door de limiet?’. Het moge dan zo zijn dat de maatman in het vervoerrecht waarschijnlijk aan nog hogere zorgvuldigheidsnormen moet voldoen dan in het gemene recht, met die ‘snellere’ aansprakelijkheid kan hij wel leven (hij kan die aansprakelijkheid verzekeren) nu hem de kilolimiet van Boek 8 BW en de daarbij behorende vervoersverdragen ter beschikking staan. Het wordt pas echt moeilijk en kostbaar voor de vervoerder wanneer door de limiet wordt heen gebroken.

De hoogte van de zorgvuldigheidslat wordt voor de vervoerders vooral gedicteerd door de instructies van hun klanten en niet zozeer door wat de rechters daarvan vinden. De maatman in het vervoer, *een* zorgvuldig vervoer-

der die *alle* in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs te vergen maatregelen neemt, is typisch een uitvinding van en – gelet op het aantal procedures daarover – een uitkomst voor juristen.

16 | De maatman in het merkenrecht

P.A.C.E. van der Kooij[■]

1 INLEIDING

Het fenomeen van de maatman speelt op vele terreinen van het recht een belangrijke rol, en het intellectuele eigendomsrecht vormt daarop geen uitzondering. Op tal van plaatsen in de wetgeving, en in allerlei varianten, figureert het publiek als voorname, en dikwijls onmisbare toetssteen voor de rechter die niet alleen ten aanzien van de geldigheid ván, maar ook in gevallen van vermeende inbreuk óp intellectuele eigendomsrechten knopen moet doorhakken.

In het onderstaande sta ik eerst kort stil bij de rol van het publiek op een aantal deelreinen van de intellectuele eigendom, en in het bijzonder bij diens rol in het merkenrecht (par. 2). Vervolgens besteed ik enige aandacht aan de vraag of de opvattingen van de maatman op dit terrein door middel van marktonderzoek of deskundigenbericht op betrouwbare wijze kunnen worden vastgesteld (par. 3).

Het standpunt van de rechter met betrekking tot de toelaatbaarheid en het nut van met name marktonderzoek in merkenzaken komt daarna ter sprake, met vooral aandacht voor de opvattingen op dit punt van het Hof van Justitie van de EG (par. 4). Een nadere uitwerking van enkele met het voorgaande samenhangende aspecten komt in par. 5 aan de orde, gevolgd door de conclusie in par. 6.

2 HET PUBLIEK IN HET INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHT

Allereerst een kort, en geenszins uitpuittend overzicht van de wijzen waarop in het intellectuele eigendomsrecht aan het publiek, al dan niet nader gedefinieerd, een rol is toebedeeld.

a. In het *octrooirecht* staat het begrip nieuwheid centraal, en wel bij de beoordeling van de beschermwaardigheid van het voortbrengsel of de werkwijze in kwestie. Volgens art. 4 leden 1 en 2 Rijksoctrooiwet 1995 wordt een uitvin-

■ P.A.C.E. van der Kooij is universitair hoofddocent intellectueel eigendomsrecht bij de afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

ding als nieuw beschouwd, indien zij geen deel uitmaakt van de stand van de techniek, die op zijn beurt wordt gevormd door ‘al hetgeen voor de dag van indiening van de octrooiaanvraag openbaar toegankelijk is gemaakt door een schriftelijke of mondelinge beschrijving, door toepassing of op enige andere wijze’. Voortijdige openbaarmaking schaadt dus de nieuwheid, en doordat het vereiste niet nader geclausuleerd is (bijvoorbeeld door middel van een geografische beperking, een tijdslimiet of een precisering van de doelgroep (deskundig of niet)), geldt het in principe als zeer streng. Waar het hier om gaat is dat discussies over al dan niet nieuwheid zich vooral zullen toespitsen op de *mate* van openbaarmaking vooraf, en daarbij kunnen de aard en omvang van de openbaarmaking, en dus van het desbetreffende publiek, een rol spelen. In deze context wordt veelal afgestemd op de zogenaamde doorsnee vakman.¹

b. Voor het *kwekersrecht* geldt iets vergelijkbaars. Ingevolge art. 35 lid 2 Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 wordt een ras als onderscheidbaar aangemerkt indien het duidelijk te onderscheiden is van elk ander ras, waarvan het bestaan op het tijdstip van indiening van de aanvraag algemeen bekend is. In een aantal specifieke gevallen staat deze algemene bekendheid vast,² maar er laten zich tal van situaties denken waarin de weging van de feiten door de rechter de doorslag zal moeten geven, waarbij ook aard en omvang van het relevante publiek van invloed zullen zijn op de uiteindelijke beslissing.³

c. In het *modellenrecht* figureert het publiek in art. 3.3 Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE), dat betrekking heeft op de materiële eisen van nieuwheid en eigen karakter: in beide gevallen is beslissend het antwoord op de vraag of de tekening of het model in kwestie vóór de depot- of voorangsdatum reeds voor het publiek beschikbaar was gesteld. Van dit laatste is geen sprake, aldus lid 4, indien de tekening of het model bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet vóór de genoemde datum ter kennis kon zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector, die in de EU of EER werkzaam zijn. Hier wordt het in aanmerking te nemen publiek dus tot op zekere hoogte ingeperkt, naar verluidt omdat wereldwijde nieuwheid niet steeds verlangd zou mogen worden.⁴

1 Zie bijv. E.A. van Nieuwenhoven Helbach, J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom, Deel 1 Bescherming van technische innovatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 75-81. Een representatief voorbeeld uit de rechtspraak is: Rb. Den Haag 27 juni 2001, *BIE* 2002, 37 (*Henkel/Diversey*), zie ook hierna par. 5, slot.

2 Zie de voorbeelden vermeld in art. 49 lid 4, tweede volzin Zaaizaad- en plantgoedwet 2005.

3 Vgl. HR 17 september 1982, *NJ* 1983, 44, *BIE* 1983, 40 (*Hoblanche*), r.o. 3.6: ‘Dit brengt mee dat alsdan de vraag aan de orde komt, of dat “andere ras” hetzij (...) aldus in het verkeer was gebracht dat het *daardoor* (...) “algemeen bekend” was geworden (...) hetzij die algemene bekendheid op andere gronden had verkregen.’ (*curs.* toegevoegd).

4 Vgl. Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 150-152.

d. Een centraal begrip in het *auteursrecht* is de openbaarmaking, zie bijvoorbeeld art. 1, 4, 5, 8 en 12 Auteurswet. Men zou kunnen zeggen dat deze term al direct het bestaan van publiek impliceert. Over het algemeen wordt de aanwezigheid van 'een' publiek in dit verband vrij snel aangenomen, zo bijvoorbeeld in art. 12 lid 4, dat gaat over de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling die weliswaar in besloten kring plaatsvindt, maar desondanks onder omstandigheden als openbaar geldt. Aan de aard en omvang van de doelgroep die men via een openbaarmaking beoogt te bereiken, worden doorgaans geen bijzondere eisen gesteld, zolang er maar tenminste van (een onbepaald aantal) potentiële luisteraars of kijkers sprake is.⁵

e. Veruit de belangrijkste rol is voor het publiek weggelegd in het *merkenrecht*. Bij vrijwel alle beslissingen die de rechter op dit terrein moet nemen, komen de (veronderstelde, dan wel via marktonderzoek of anderszins 'bewezen') opvattingen van de doelgroep in kwestie aan bod, expliciet of impliciet. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de vraag naar het (al dan niet door inburgering verkregen) onderscheidend vermogen van een aangevraagd of reeds ingeschreven merk, en – in het verlengde daarvan – naar de mate van bekendheid van dat merk.⁶ Voorts bij de vraag naar het eventueel van huis uit misleidende karakter van een merk als bedoeld in art. 2.4 onder b BVIE (misleiding van het publiek ten aanzien van onder meer de aard, hoedanigheid of plaats van herkomst van de waren of diensten), respectievelijk bij de beoordeling van de mogelijke misleiding van het publiek als gevolg van het gebruik dat van het (aanvankelijk nog geldige) merk is gemaakt (art. 2.26 lid 2 onder c BVIE). Ook komt de rol van het publiek om de hoek kijken bij de zogenaamde verwording tot soortnaam, dat wil zeggen in situaties waarin een aanvankelijk geldig merk (bijvoorbeeld een oorspronkelijk als fantasienaam in gebruik genomen aanduiding als *Vaseline* of *Hagelslag*) door toedoen of nalaten van de merkhouder tot de in de handel gebruikelijke benaming van de desbetreffende waar of dienst is geworden (art. 2.26 lid 2 onder b BVIE). En last but not least is het publiek prominent aanwezig in het merendeel van de merkinbreukzaken, waarin de rechter zich immers een oordeel dient te vormen met betrekking tot de aan- of afwezigheid van verwarringsgevaar tussen het vermeend inbreukmakende teken enerzijds en het geregistreerde merk anderzijds, dan

5 Zie nader J.H. Spoor, *Hooggeschat publiek*, afscheidsrede VU Amsterdam, Amsterdam: G.A. van Oorschot 2007, p. 6-11, met verdere verwijzingen.

6 Een hiervan afgeleide vraag is nog, of en in hoeverre bepaalde *categorieën* van merken beter door het publiek als merk herkend zullen worden dan andere. Het Hof van Justitie gaat er vanuit, zonder dit overigens uitvoerig te beargumenteren, dat bijv. vorm- en kleurmerken in de laatstbedoelde categorie vallen; vgl. HvJ EG 8 april 2003, zaken C-53/01 t/m C-55/01, BIE 2004, 19 (*Linde, Winward & Rado*), r.o. 48; HvJ EG 6 mei 2003, zaak C-104/01, BIE 2004, 50 (*Libertel*), r.o. 39 e.v. Zie voor kritiek op deze opvatting bijv. F. van Horen, D.A. Stapel en R. Pieters, 'Over het belang van vormen in de waarneming van merken', *BMM-bulletin* 2006-2007, p. 166 e.v.

wel moet beoordelen of door gebruik van dat teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit, of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk (art. 2.20 lid 1 BVIE).

Sinds het arrest *Gut Springenheide* van het Hof van Justitie van de EG uit 1998 weten we *welk type* consument de rechter voor ogen dient te houden in misleidingszaken; nadien bleek de hier bedoelde maatstaf ook te gelden in verwarringszaken. Onder verwijzing naar eerdere uitspraken waarin het misleidend karakter van benamingen, merken of reclame-uitingen aan de orde was, kwam het Hof in deze zaak tot het volgende oordeel. Op de vraag of, indien de feitelijke verwachtingen van de consument doorslaggevend zijn, de opvatting van de consument met een gemiddeld onderscheidingsvermogen of die van de oppervlakkige consument de doorslag geeft, antwoordde het college, dat ‘de nationale rechter moet uitgaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’ (r.o. 37).⁷

Dit criterium roept aanstonds de vraag op, of het Hof – anders dan voorheen in sommige lidstaten – met betrekking tot het veronderstelde waarnemingsniveau van de aldus gedefinieerde maatman de lat in de hier bedoelde zaken een stuk(je) hoger heeft willen leggen, of juist niet. In de doctrine wordt hieromtrent verschillend gedacht. Verkade heeft uitvoerig beargumenteerd dat we hier niet met een doorsnee consument van doen hebben, maar met één die ‘tenminste een behoorlijke scholing t/m de leerplichtige leeftijd’ achter de rug heeft, en die daarbij ‘uitkijkt wat hij doet, weet dat hij niet alles weet, en weet dat hij niet alles voor zoete koek moet aannemen’.⁸ Gielen daarentegen is van mening dat geen sprake is van een verzwaring van de eis dat gelet moet worden op de gemiddelde consument, omdat het Hof tevens heeft overwogen (in de in par. 4 te bespreken zaak *Lloyd/Klijnsen*) dat de gemiddelde consument zelden in de gelegenheid is om merken rechtstreeks met elkaar te vergelijken, maar zal aanhaken bij het onvolmaakte beeld dat bij hem is achtergebleven.⁹

Het verrast eigenlijk niet, dat ‘s Hof’s criterium tot dergelijke uiteenlopende visies aanleiding heeft gegeven. Het criterium heeft iets innerlijk tegenstrijdigs, door het gebruik van de woorden ‘gemiddelde’ en ‘gewone’ enerzijds, en van de termen ‘omzichtig’ en ‘oplettend’ anderzijds. Toch neig ik ernaar, juist vanwege de toevoeging van deze laatste twee adjectieven, het richtsnoer op

7 HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-210/96, NJ 2000, 374 (*Gut Springenheide*), r.o. 37.

8 D.W.F. Verkade en W.A. Wagenaar, ‘Onderscheidend vermogen en verwarring van merken’, in: P.J. van Koppen c.s. (red.), *Het Recht van Binnen, Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 71-72.

9 Gielen 2007, p. 278. Zie in dit verband ook reeds HvJ EG 11 november 1997, zaak C-251/95, NJ 1998, 523 (*Puma/Sabel*), r.o. 23: ‘(...) speelt de indruk die bij de gemiddelde consument van de betrokken soort waren of diensten achterblijft, een beslissende rol in de globale beoordeling van het verwarringsgevaar. De gemiddelde consument nu neemt een merk gewoonlijk als een geheel waar en let niet op de verschillende details ervan.’

te vatten als één dat inderdaad de lat hoger legt. De ‘gewone’ consument is in deze context wellicht ingevoegd om deze af te zetten tegen de ten aanzien van bepaalde waren of diensten meer ‘gespecialiseerde’ consument.

Hoe dit ook zij, het *Gut Springenheide*-criterium is nadien dikwijls in uitspraken van het Hof van Justitie herhaald, met name ook in zaken waarin het verwarringsgevaar in het merkenrecht centraal stond; daarover meer in par. 4.

3 MARKTONDERZOEK IN MERKENZAKEN

Het Hof van Justitie heeft in de *Gut Springenheide*-zaak, naar aanleiding van het feitencomplex en de daarop gebaseerde prejudiciële vragen, ook enige woorden gewijd aan de mogelijkheid, de al dan niet misleidende aard van bepaalde in de concurrentiestrijd gedane mededelingen (in casu een vermelding ter bevordering van de verkoop van eieren) via marktonderzoek te achterhalen. Na de in par. 2 geciteerde overweging kwam onmiddellijk de volgende:

‘Het gemeenschapsrecht verzet er zich evenwel niet tegen dat hij [de nationale rechter, PvdK], wanneer hij bij de beoordeling van het misleidend karakter van de betrokken vermelding bijzondere moeilijkheden ondervindt, overeenkomstig de regels van zijn nationaal recht ten behoeve van zijn oordeelsvorming een opinie- of een deskundigenonderzoek gelast.’

Hoewel in latere rechtspraak van het Hof bepaald geen aanmoediging tot het uitvoeren van dergelijk onderzoek te lezen valt (zie ook daaromtrent par. 4), wordt het marktonderzoek in merkenprocedures met grote regelmaat (zo niet ‘gelast’, dan toch) op eigen initiatief van partijen aangewend, ten einde de opvattingen van de door het Hof bedoelde maatman met ‘hard’ cijfermateriaal te concretiseren. In ons land werd van deze mogelijkheid zelfs al meer dan een halve eeuw geleden gebruik gemaakt: in een procedure met betrekking tot een tweetal concurrerende beschuitmerken werden de uitkomsten van een opinieonderzoek overgelegd, maar het Hof Den Haag overwoog, zonder nadere motivering, dat het daardoor niet overtuigd was geraakt van de beweerde overeenstemming in hoofdzaak tussen de beide merken. Het cassatieberoep werd verworpen: het genoemde opinieonderzoek kwam daarin niet ter sprake, en de Hoge Raad toonde zich tevreden met het gegeven, ‘(...) dat het Hof bij zijn beslissing, of de merken geheel of in hoofdzaak overeenstemmen, den indruk op het publiek den bepalenden factor heeft doen zijn’.¹⁰ Juist vanwege

¹⁰ HR 9 april 1948, *NJ* 1948, 284; zie voor de beschikking van het Hof: *BIE* 1948, 44 (*Verkade/Ter Beek*).

de ontbrekende motivering ten aanzien van het niet overtuigend geachte opinieonderzoek is op de uitspraak van het Hof kritisch gereageerd.¹¹

In de eerste 25 jaren daarna is van het instrument van het opinieonderzoek betrekkelijk spaarzaam gebruik gemaakt. Van Nieuwenhoven Helbach maakte in 1983 melding van een elftal gepubliceerde beslissingen, waarin – met wisselend succes – de uitkomsten van dergelijk onderzoek waren overgelegd.¹²

Uit zijn bespreking van deze uitspraken blijkt welke haken en ogen er zoal aan marktonderzoeken kunnen kleven. In de eerste plaats zijn de omvang en de samenstelling van de bij het onderzoek betrokken groep van ondervraagden relevant. Afhankelijk van het product in kwestie zal nu eens volstaan kunnen worden met een betrekkelijk klein aantal geënquêteerden (bijvoorbeeld als dit product uitsluitend voor een bij uitstek deskundig publiek bedoeld is), dan weer zal men, om tot een getrouwe afspiegeling van het relevante publiek te geraken, juist een zeer groot aantal personen moeten interviewen. Alleen al dit punt van de representativiteit kan in de rechtszaal tot uitvoerige discussies aanleiding geven.¹³ In de tweede plaats is vanzelfsprekend de formulering van de vragen cruciaal. Deze vragen kunnen suggestief van aard zijn ('leading questions') met als gevolg dat de antwoorden een vertekend beeld geven van de realiteit. Verder is vaak kritiek mogelijk op de manier waarop een onderzoek is ingericht. Van Nieuwenhoven Helbach haalt als voorbeeld uit de rechtspraak de zaak aan,¹⁴ waarin C&A trachtte te bewijzen dat een uit een zestal kleuren samengestelde kleurenbaan bij het publiek als teken van herkomst voor de van C&A afkomstige producten was ingeburgerd. Te dien einde was aan de geënquêteerden de door C&A gebruikte zilverkleurige draagtas getoond, met daarop de bedoelde kleurenbaan. Aldus was echter volgens het Hof Amsterdam niet de bekendheid van de kleurenbaan gemeten, maar de bekendheid van de draagtas. Ook bij de wijze van bewerking van de onderzoeksresultaten en de interpretatie daarvan, zelfs als het onderzoek als zodanig de toets der kritiek zou kunnen doorstaan, zijn meer dan eens kanttekeningen te plaatsen.¹⁵

11 Zie F.J.A. Hijink in zijn noot in *BIE* (zie vorige voetnoot); E.A. van Nieuwenhoven Helbach, 'Beoordeling van N.I.P.O.-onderzoek omtrent merken', *BIE* 1948, p. 167 e.v.

12 E.A. van Nieuwenhoven Helbach, 'Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht', in: W.H. Heemskerk c.s. (red.), *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 287 e.v.

13 Zie bijv. HR 11 mei 2001, NJ 2002, 55 (*Vredestein/Ring 65*); HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, *GRUR Int.* 2004, p. 629 (*Björnekullå*). Volgens deze uitspraken wordt het relevante publiek in dit verband in principe gevormd door de consumenten en eindgebruikers, en dus niet (mede) door bijv. de tussenhandel, die immers – normaal gesproken – geen overwegende invloed heeft op de keuze die het kopende publiek uit de aangeboden producten maakt.

14 Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 291. Het betrof Hof Amsterdam 27 augustus 1981, *BIE* 1982, 47 (*C&A/Vanes Modebeheer*).

15 Illustratief in dit verband is bijv. het vonnis van de Rechtbank Breda, kenbaar uit: HR 26 mei 1972, *BIE* 1972, 66 (*Hero/The Seven-Up Company*).

Met name in die merkenprocedures, waarin het eventuele verwarringsgevaar tussen merk en vermeend inbreukmakend teken centraal staat, blijkt het stellen van 'zuivere' vragen problematisch. Het overnemen door de rechter van de overgelegde onderzoeksresultaten kan reeds afstuiten op het bezwaar, dat de vragen zodanig zijn geredigeerd, dat het publiek zich al te zeer ervan bewust is geweest dat het vanwege een specifiek doel geënquêteerd werd, zodat van voldoende onbevangenheid niet meer gesproken kan worden. Ook is denkbaar dat de vragen en proefopstellingen zo zijn ingericht dat zij naar het oordeel van de rechter de werkelijke (verkoop)situatie onvoldoende benaderen, bijvoorbeeld doordat bepaalde merkbestanddelen in het onderzoek geprononceerd naar voren worden gehaald, terwijl deze in het schap in de supermarkt in veel mindere mate zichtbaar zijn. In het verlengde hiervan is er het probleem, dat het winkelend publiek merken veelal oppervlakkig, vluchtig zal waarnemen. Het is buitengewoon lastig om via marktonderzoek te achterhalen of, c.q. te bewijzen dat het publiek bij een dergelijke vluchtige waarneming (die dus idealiter in het onderzoek zal moeten worden nagebootst) een ouder merk en een jonger teken met elkaar zal verwarren of tenminste zal denken dat er een verband bestaat tussen de gerechtigden op het teken en het merk (de zogenaamde indirecte verwarring). Daarbij komt dan nog, dat de rechter bij de beoordeling van het verwarringsgevaar merk en teken in zijn geheel met elkaar moet vergelijken, en dus niet bij voorbaat bepaalde (bijvoorbeeld minder dominerende) bestanddelen buiten beschouwing mag laten.¹⁶

Over het fenomeen marktonderzoek en de rol die daarvoor in het merkenrecht al dan niet zou zijn weggelegd, is in de loop der jaren in binnen- en buitenland veel geschreven. In de recente literatuur die ik voor dit opstel raadpleegde komen de hiervoor genoemde of ermee vergelijkbare bezwaren keer op keer, en in allerlei toonaarden terug, soms vergezeld van voorstellen tot optimalisering van zaken als de vraagstelling en de representativiteit en dergelijke. Ik kom hierop, voor zoveel nodig, in par. 5 terug.¹⁷

16 Vgl. HvJ EG 11 november 1997, zaak C-251/95, NJ 1998, 523 (*Puma/Sabel*).

17 Zie bijv. H. Eichmann, 'Der Schutz von bekannten Kennzeichen', *GRUR* 1998, p. 201 e.v.; P. Reeskamp, 'Wat is een bekend merk?', *BMM-bulletin* 2000, p. 134 e.v.; P.H. van Westendorp, 'Merkenrecht en marktonderzoek: de stand van zaken', *BMM-bulletin* 2001, p. 13 e.v.; M. van Aalst en L. Sloot, 'Merkinbreuk en de Look-alike index', *BMM-bulletin* 2001, p. 17 e.v.; C.-H. Massa, 'Enquêtes de marché et marques en Belgique', *BMM-bulletin* 2001, p. 21 e.v.; Verkade en Wagenaar 2002, p. 72 e.v.; W. Hoyng, 'Het marktonderzoek en de inbreukvraag ex art. 13A lid 1 sub b BMW', *BMM-bulletin* 2001, p. 2 e.v.; Gielen 2007, p. 231 e.v. en p. 278 e.v.; Ch. Gielen en L. Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 140 e.v. en p. 447 e.v.; E.J. Arkenbout, *Handelsnamen en merken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 32; H. van den Berg, *Marktonderzoek in de rechtszaal*, Amsterdam: Stichting voor Culturele Studies 2007.

4 HET STANDPUNT VAN DE RECHTER

In de vorige paragraaf bleek al, dat de rechter in merkenzaken met enige regelmaat geconfronteerd wordt met de uitkomsten van (meestal op initiatief van partijen) uitgevoerd marktonderzoek.¹⁸ Inmiddels staat in ieder geval buiten kijf dat de hoogste merkenrechter, het Hof van Justitie van de EG, ook in merkenprocedures, of daarin nu resultaten van opinieonderzoek worden ingebracht of niet, aansluiting verlangt bij de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, zoals geïntroduceerd in *Gut Springenheide*.¹⁹ Aan dit oordeel omtrent de fictieve maatman doet volgens het Hof overigens niet af, dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument kan variëren naar gelang van de categorie van waren of diensten waarom het gaat: in een zaak over merken voor personenauto's diende naar de mening van het college rekening te worden gehouden '(...) met het feit dat, gelet op de aard van de betrokken waren en met name op de prijs en de sterk technologische aard ervan, de mate van oplettendheid van het relevante publiek bij de aankoop van dergelijke waren bijzonder groot is'.²⁰

Daarnaast heeft het Hof zich bij enkele gelegenheden meer in het bijzonder uitgelaten over de toelaatbaarheid van het gebruik van opinieonderzoek ter beslechting van merkgeschillen. Ging het in de zaak *Gut Springenheide* nog om marktonderzoek in de wat ruimere context van misleidende merken, benamingen en reclame-uitingen, nog geen jaar later kreeg het rechtscollège twee keer kort na elkaar de gelegenheid enige overwegingen hieraan te wijden, specifiek gericht op merkenrechtelijke situaties. Om te beginnen was dit het geval in het arrest *Windsurfing Chiemsee*. Eén van de prejudiciële vragen had betrekking op art. 3 lid 3 van de Merkenrichtlijn,²¹ dat – kort gezegd – inburgering van een teken als merk in bepaalde gevallen mogelijk maakt. Op de vraag, of uit die bepaling eisen zijn af te leiden omtrent de wijze waarop het door het gebruik verkregen onderscheidend vermogen moet worden vastgesteld, herhaalde het Hof het *Gut Springenheide*-criterium, maar dan toegespitst op dit geval.²²

18 Zie voor een recent overzicht van dit soort uitspraken bijv. Gielen 2007, p. 232, voetnoot 132 en p. 278, voetnoot 264; zie ook de noot van J. Kabel onder Hof Amsterdam 30 september 2004, *IER* 2005, 10 (*Deutsche Telekom/ID&T*).

19 Zie bijv. HvJ EG 18 juni 2002, zaak C-299/99, NJ 2003, 481 (*Philips/Remington*), r.o. 63; HvJ EG 8 april 2003, zaken C-53/01 t/m C-55/01, BIE 2004, 19 (*Linde, Winward & Rado*), r.o. 41; HvJ EG 6 mei 2003, zaak C-104/01, BIE 2004, 50 (*Libertel*), r.o. 46; HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-363/99, NJ 2006, 531 (*Postkantoor*), r.o. 34.

20 HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-361/04, *GRUR Int.* 2006, p. 229 (*Picasso/Picaro*), r.o. 38-39.

21 Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *Pb. EG* d.d. 1 februari 1989, L40/1.

22 HvJ EG 4 mei 1999, zaken C-108/97 en C-109/97, NJ 2000, 269 (*Windsurfing Chiemsee/Huber*), r.o. 54.

‘(...) dat het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet, dat de bevoegde autoriteit, wanneer zij bijzondere moeilijkheden ondervindt bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het merk (...), overeenkomstig de voorwaarden van haar nationaal recht ten behoeve van haar oordeelsvorming een opinieonderzoek laat verrichten.’

In de zeer kort daarna gevoerde procedure in de zaak *Lloyd/Klijnsen*, over het vermeende verwarringsgevaar tussen de schoenenmerken Lloyd en Loint's, werd het Hof uitgenodigd een concrete uitspraak te doen omtrent de mate van onderscheidend vermogen van een merk, afgemeten aan een bepaald bekendheidspercentage. Naar aanleiding van eerder in Duitsland uitgevoerd marktonderzoek stelde de verwijzende rechter onder meer de vraag, of bij een bekendheidsgraad van 10% in de belanghebbende kringen reeds een groter onderscheidend vermogen en dus een grotere beschermingsomvang kan worden aangenomen en voorts of dit bij een bekendheidsgraad van 36% het geval kan zijn. Het Hof van Justitie liet zich echter – niet zeer verrassend – niet op een dergelijk percentage vastpinnen. Het overwoog dat bij de beoordeling van de onderscheidingskracht van een merk met tal van omstandigheden rekening moet worden gehouden, zoals het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische spreiding en de duur van het gebruik van het merk, de hoogte van de reclamekosten, de omvang van het deel van het publiek dat de waren of diensten op basis van het merk als afkomstig van een bepaalde onderneming identificeert, alsmede de verklaringen van de kamers van koophandel en industrie en van andere beroepsverenigingen. Daarom is het volgens het college niet in algemene zin te zeggen, bijvoorbeeld aan de hand van bekendheidspercentages, wanneer een merk een grote onderscheidingskracht heeft.²³ In zijn *Chevy*-arrest van weer een paar maanden later herhaalde het Hof in wezen dit standpunt door te overwegen, nu in het kader van de vaststelling van de mate van bekendheid van een merk als bedoeld in art. 5 lid 2 Merkenrichtlijn, dat letter noch geest van deze bepaling een aanknopng bieden voor het vereiste, dat het merk bekend moet zijn bij een bepaald percentage van het relevante publiek.²⁴

In het nog recentere arrest *Postkantoor* tenslotte, overwoog het Hof van Justitie, dat de bevoegde autoriteit, in het kader van de beoordeling van de geschiktheid van een teken als merk, rekening moet houden

‘(...) met alle relevante feiten en omstandigheden, waaronder – in voorkomend geval – de resultaten van een studie die de aanvrager overlegt teneinde bijvoorbeeld aan te tonen dat het merk onderscheidend vermogen heeft of dat het niet misleidend is.’²⁵

23 HvJ EG 22 juni 1999, zaak C-342/97, NJ 2000, 375 (*Lloyd/Klijnsen*), r.o. 23-24.

24 HvJ EG 14 september 1999, zaak C-375/97, NJ 2002, 376 (*Chevy*), r.o. 25.

25 HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-363/99, NJ 2006, 531 (*Postkantoor*), r.o. 35.

Overzien we deze uitspraken, dan kan daaruit worden afgeleid dat het Hof van Justitie het door de nationale rechter bevelen van een opinieonderzoek mogelijk acht, maar nu niet bepaald aanmoedigt ('... dat het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet ...'; '... wanneer zij bijzondere moeilijkheden ondervindt ...'). Ook het uit eigen beweging overleggen van de resultaten van een dergelijk onderzoek door partijen is toegestaan, maar het ontslaat de bevoegde instantie niet van de plicht alle relevante feiten en omstandigheden in de beoordeling te betrekken, waarbij nog komt dat minimumpercentages voor de vaststelling van bijvoorbeeld de mate van bekendheid van een merk niet te geven zijn, zodat de nationale rechter respectievelijk het nationale merkenbureau ook in dat opzicht geenszins aan de uitkomsten van het marktonderzoek gebonden is.²⁶

Uit bestudering van beslissingen van lagere rechters in de Benelux komt naar voren, dat dezen tot op heden vrijwel nooit expliciet overwegen, dat zij zich bij hun eindoordeel in hoge mate door de hier bedoelde onderzoeksresultaten hebben laten beïnvloeden. De indruk bestaat zelfs, dat de rechter veeleer zelfstandig een oordeel velst en het eventueel overgelegde marktonderzoek alleen dan gebruikt als dit zijn eigen oordeel bevestigt.²⁷

In het buitenland is dit soms anders. In de Verenigde Staten en ook in Duitsland speelt het marktonderzoek in rechtszaken een grotere rol, en kan het een belangrijk bewijsmiddel vormen. Uit de V.S. zijn zelfs voorbeelden bekend van rechtbanken die uit het *niet* overleggen van resultaten van marktonderzoek meenden te mogen afleiden, dat het kennelijk niet mogelijk was om verwarringsgevaar te bewijzen.²⁸ Of we in ons land ook die kant op zouden moeten, valt nog te bezien. In de volgende paragraaf komt een en ander nader ter sprake.

5 NAAR MEER MARKTONDERZOEK IN HET MERKENRECHT?

In de voorgaande paragrafen is uiteengezet, dat in merkenrechtelijke procedures hier te lande met enige regelmaat gebruik wordt gemaakt van het instrument van het marktonderzoek. Ook is gebleken dat zulk onderzoek vrijwel altijd op initiatief van (één der) partijen wordt uitgevoerd. Verder kwam naar voren, dat er nogal wat haken en ogen aan dit type onderzoek

26 Zie met betrekking tot de waardering door de rechter van opinieonderzoek waartoe hij zelf heeft bevolen: HR 5 december 2003, NJ 2004, 74 (*Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd*).

27 Vgl. Gielen 2007, p. 278; Reeskamp 2001, p.138; Hoyng 2001, p. 2; Spoor 2007, p. 16; Van Westendorp 2001, p. 16; Verkade en Wagenaar 2002, p. 83.

28 Vgl. Hoyng 2001, p. 3 met verdere verwijzingen; Eichmann 1998, p. 212-213; Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 289 en 293-294; Van Westendorp 2001, p. 13; Reeskamp 2001, p. 138.

vastzitten, en dat de rechter zich doorgaans niet al te veel van de resultaten van het onderzoek lijkt aan te trekken.

Toch gaan in de literatuur zo nu en dan stemmen op, die pleiten vóór het (meer) gebruikmaken van de uitkomsten van opinieonderzoek in de rechtszaal. Gegeven de in par. 3 gesignaleerde complicaties die zich in enquêtes over merken maar al te snel kunnen voordoen, lijkt een aantal auteurs vooral gecharmeerd te zijn van het benutten van onderzoeksresultaten ten einde de (mate van) *bekendheid* van een bepaald merk te kunnen vaststellen.²⁹ Anderen daarentegen zien toch ook wel – met de nodige slagen om de arm – brood in het benutten van marktonderzoek in inbreukprocedures, in het bijzonder ter bepaling van het *verwarringsgevaar* tussen merk en vermeend inbreukmakend teken.³⁰ Een enkeling heeft zich meer in het algemeen uitgesproken tegen het gebruik van marktonderzoek.³¹

Een aantal auteurs is ervan overtuigd, dat het gebruik van opinieonderzoek in merkenzaken steeds belangrijker zal worden. De één verwijst in dit verband naar de toenemende internationalisering en globalisering van de handel, die meebrengt dat het aantal conflicten alleen maar toeneemt ('Imiteren is lucratief!'), en daarbij met name ook vanuit het buitenland een steeds groter wordende behoefte ontstaat aan betrouwbare, de rechtszekerheid vergrotende, meetinstrumenten. De ander wijst op de ervaringen elders met opinieonderzoek opgedaan, en meent dat wij daarvan hier te lande veel kunnen leren. Weer een ander voorspelt de toekomstige toename van marktonderzoek vanuit het gezichtspunt, dat de (Benelux-)rechter voorheen al inbreuk kon aannemen ingeval van louter associatiegevaar (en daarvoor dus minder onderzoek hoefde te doen), maar tegenwoordig pas indien ten minste sprake is van (direct of indirect) verwarringsgevaar.³²

In het recente verleden zijn meermalen pogingen ondernomen, om vuistregels op te stellen voor 'goed' marktonderzoek.³³ Ook is de suggestie gedaan, te komen tot de oprichting van een wetenschappelijk onderzoeksinstituut dat

29 Zie bijv. Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 293 en 296; A. Hagen, 'Post Postkantoor, onderscheid in algemeen belang', *BMM-bulletin* 2004, p. 149; Reeskamp 2000, p. 138.

30 Zie bijv. Verkade en Wagenaar 2002, p. 83; Van Aalst en Sloot 2001, p. 17 e.v.; Hoyng 2001, p. 6 e.v.; Gielen 2007, p. 278-279. R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, diss. Leiden, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 427 meent dat marktonderzoeken in inbreukzaken 'slechts een bescheiden rol' zullen kunnen spelen.

31 Zie Spoor 2007, p. 15-16.

32 Zie bijv. Van Westendorp 2001, p. 16; Van Aalst en Sloot 2001, p. 17 e.v.; Reeskamp 2000, p. 138, Hoyng 2001, p. 2 e.v.; Gielen 2007, p. 278-279. Vgl. met betrekking tot het vereiste verwarringsgevaar HvJ EG 11 november 1997, zaak C-251/95, NJ 1998, 523 (*Puma/Sabel*), r.o. 18 e.v.

33 Zie bijv. Verkade en Wagenaar 2002, p. 79 e.v.; Van Westendorp 2001, p. 16; Van Aalst en Sloot 2001, p. 17 e.v.

hetzij zelf onderzoek zou kunnen uitvoeren, hetzij toezicht zou kunnen houden op door derden voor partijen uitgevoerd onderzoek.³⁴

Zoals alles in het leven, heeft ook een voorstel als dit voor- en nadelen. De ingebruikname van één (inter)nationaal onderzoeksbureau zou kunnen voorkomen dat de rechter nog langer wordt geconfronteerd met elkaar tegenprekende rapporten, en zou tevens allerlei bezwaren tegen in het verleden gehanteerde enquêtemethoden kunnen wegnemen. Eén in plaats van diverse rapporten zou voorts wellicht uit kosten oogpunt gunstige effecten kunnen meebrengen.³⁵ Ook de rechtszekerheid zou erbij gebaat kunnen zijn, vanwege de grotere voorspelbaarheid van de rechterlijke uitspraken.

Een dergelijk instituut zou echter vanzelfsprekend uitsluitend met behulp van internationaal geaccepteerde standaarden kunnen opereren, en het opstellen daarvan lijkt geen sinecure. Bovendien zou de rechter nog altijd niet verplicht zijn om de onderzoeksresultaten (al dan niet op basis van een deskundigenbericht als bedoeld in art. 194 Rv.) geheel en al tot de zijne te maken (vgl. art. 152 lid 2 Rv.). Zonder nadere wettelijke voorzieningen zou de oprichting van één, bij uitsluiting bevoegd onderzoeksbureau voorts op gespannen voet staan met bijvoorbeeld bestaande regels van bewijsrecht, zoals de in art. 150 Rv. neergelegde plicht van de partij die zich op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten beroept, om zelf het bewijs daarvan te overleggen en, in het verlengde hiervan, art. 152 lid 1 Rv., dat bepaalt dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt.³⁶ Over de mogelijkheid van een tegenonderzoek, zoals bedoeld in art. 200 Rv., heb ik dan nog niet eens gesproken, noch over de communautairrechtelijke complicaties die bij de oprichting van een nationaal onderzoeksinstituut met een wettelijk monopolie op het onderhavige terrein zouden kunnen rijzen (men denke bijvoorbeeld aan de artt. 28 e.v. en 81 e.v. EG-Verdrag). En nog een stapje verder: ook het eventueel *verplicht stellen* van marktonderzoek in althans bepaalde categorieën merkenzaken (bijvoorbeeld zaken waarin de mate van bekendheid ter sprake zou komen) zou mijns inziens, zelfs bij aanwezigheid van een internationaal aanvaard onderzoeksprotocol, moeten worden afgeraden. Niet alleen is de aanhoudende stroom van merkenprocedures (inclusief oppositie- en nietigheidsprocedures) daarvoor veel te groot, er zouden ook diverse praktische bezwaren tegen zo'n onderzoeksplicht aangevoerd kunnen worden, bijvoorbeeld in verband met de – met name ook voor de vele 'kleine' merkenzaken – onevenredig hoge kosten en de dikwijls vereiste spoed: het

34 J. Kabel wijst in zijn noot onder Hof Amsterdam 30 september 2004, *IER* 2005, 10 (*Deutsche Telekom/ID&T*) op het van mr. E.J. Numann, raadsheer in de Hoge Raad, afkomstige voorstel, gedaan tijdens een symposium in januari 2003 van de toenmalige Stichting Merkartikel.

35 Zie voor een indicatie van de kosten van marktonderzoek in deze context Massa 2001, p. 25.

36 Zie hierover ook Reeskamp 2000, p. 137-138, die onder meer erop wijst, dat de rechter ten aanzien van de beweerdelijke *bekendheid* van een merk gebruik kan maken van de in art. 149 lid 2 (176 oud) Rv. neergelegde regel, dat feiten of omstandigheden van algemene bekendheid geen bewijs behoeven.

kort geding heeft niet voor niets juist in het intellectuele eigendomsrecht een grote vlucht genomen.

Alles bijeen genomen komt het mij dus voor, dat een verdere institutionalisering van het marktonderzoek wel een aantal eerder geconstateerde problemen zou kunnen helpen oplossen, maar minstens evenveel nieuwe bezwaren zou oproepen. Dat neemt niet weg, dat pogingen om te komen tot verdere verbetering van bestaande onderzoekscriteria op dit terrein aanmoediging verdienen; er valt (ook) van buitenlandse ervaringen ongetwijfeld veel te leren.

Voorlopig echter zullen er zich, dunkt mij, op het gebied van het markt-onderzoek-in-merkenzaken geen revolutionaire ontwikkelingen voordoen, en het is de vraag of dat 'erg' is. De rechter kan in speciale, zich daartoe volgens hem lenende gevallen altijd zelf een onderzoek gelasten. Hij kan daarnaast wellicht enig vertrouwen putten uit de wetenschap dat men (niet alleen bij ons eigen Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom maar ook bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (het EG-merkenbureau, BHIM)) over een inmiddels behoorlijk fijnmazig netwerk beschikt van criteria ter beoordeling van onder meer onderscheidend vermogen, overeenstemming tussen tekens en soortgelijkheid van waren en diensten,³⁷ mede naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg en, wat betreft het BHIM, de talloze uitspraken van de kamers van beroep en van de oppositie- en nietigheidsafdeling. Al deze criteria tezamen moeten het de rechter mogelijk maken in de overgrote meerderheid der (merken)zaken uit te gaan van de perceptie van de (fictieve) gemiddelde consument, de maatman, wiens opvattingen niet steeds concreet via enquêtes en dergelijk behoeven te worden vastgesteld, maar globaal – beredeneerd – kunnen worden geschat. Dit betekent wel een verre gaande vereenvoudiging van de dagelijkse werkelijkheid, maar biedt tal van voordelen.³⁸

Een en ander geldt uiteraard, *mutatis mutandis*, ook in procedures over andere intellectuele eigendomsrechten. In een recente octrooizaak formuleerde de rechter het als volgt:³⁹

'De *gemiddelde* vakman bestaat als zodanig echter niet, maar is een juridische fictie. (...). Indien het al zo zou zijn dat de opvatting van de gemiddelde vakman een afgeleide of een afspiegeling is van de opvattingen van alle werkelijk bestaande vakmannen op het desbetreffende gebied, dan wil dat nog niet zeggen dat aan de hand van de getuigenissen van een aantal vakmannen de opvatting van de gemiddelde vakman kan worden vastgesteld; daarvoor zouden de getuigenissen van (vrijwel) alle vakmannen nodig zijn en dat is een onhaalbare zaak. Het komt er dus op neer dat de rechter zelfstandig zal moeten bepalen wat de opvatting van de gemiddelde vakman inhoudt, eventueel na deskundige voorlichting.'

37 Zie resp. <<http://www.boip.int/nl/generalLegalRefusalDirectives.html>> en <<http://oami.europa.eu/en/mark/marque/direc.htm>>.

38 Vgl. Spoor 2007, p. 17-18.

39 Rb. Den Haag 27 juni 2001, BIE 2002, 37 (*Henkel/Diversey*), r.o. 11.

6 CONCLUSIE

In het intellectuele eigendomsrecht, en daarbinnen in het bijzonder in het merkenrecht, speelt de maatman een belangrijke rol, bijvoorbeeld bij de bepaling van het onderscheidend vermogen van een merk en bij de beantwoording van de vraag of tussen een merk en een vermeend inbreukmakend teken verwarring te duchten is. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat in dit verband (ook) in merkenzaken moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. Discussie is mogelijk over de vraag of dit een doorsnee consument is, dan wel of het Hof de lat hoger heeft willen leggen (par. 2).

In merkenzaken wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van de resultaten van marktonderzoek. Vrijwel altijd zijn het de partijen zelf die dergelijk onderzoek hebben laten uitvoeren. Het op een wetenschappelijk verantwoorde wijze uitvoeren van opinieonderzoek is in merkenzaken geen eenvoudige aangelegenheid; er kleven tal van (methodologische) haken en ogen aan (par. 3). Het Hof van Justitie is geen tegenstander van dergelijk onderzoek, maar moedigt het gebruik ervan ook niet echt aan. De Nederlandse rechter overweegt daarnaast maar zelden uitdrukkelijk, dat hij zich bij zijn oordeelsvorming door de overgelegde onderzoeksresultaten heeft laten leiden; veeleer bestaat de indruk, dat hij eerst zelf een oordeel velst en het marktonderzoek alleen dan vermeldt indien dit met zijn eigen bevindingen spooft (par. 4).

In de literatuur wordt zo nu en dan gepleit voor meer gebruik van de uitkomsten van marktonderzoek in merkenzaken; sommige auteurs betogen, met uiteenlopende argumenten, dat het opinieonderzoek in dit soort procedures bovendien steeds belangrijker zal worden. Eén van de pogingen om tot beter marktonderzoek te komen zou, zo is wel gesuggereerd, de oprichting van een wetenschappelijk onderzoeksinstituut kunnen zijn, speciaal voor merkenzaken. Een dergelijk voorstel heeft voordelen, maar stuit zeker ook op een aantal bezwaren. Het lijkt verstandig, zeker zolang er nog geen internationaal geaccepteerde onderzoeksstandaarden bestaan met betrekking tot de manier waarop marktonderzoek in merkenzaken moet worden uitgevoerd, aan de rechter de vrijheid te laten uitsluitend in zich speciaal daarvoor lenende zaken een dergelijk onderzoek te gelasten. Daarnaast beschikken de (inter)nationale merkenbureaus tegenwoordig over een fijnmazig web van criteria ter beoordeling van bijvoorbeeld onderscheidbaarheid, overeenstemming en soortgelijkheid. Ook de rechter kan daarmee in voorkomende gevallen zijn voordeel doen (par. 5).

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2007 en 2008 verschenen:

- MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0
- MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9
- MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7
- MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5
- MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9021470 2
- MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, (diss. Leiden) 2007, Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5
- MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8
- MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1
- MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4
- MI-126 Z. Deen-Racsmany, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.
- MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde*, (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5
- MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5
- MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2
- MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978-90-13-04886-5
- MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2
- MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press
- MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6
- MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9
- MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2
- MI-137 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04797 4
- MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4

- MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008
- MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1
- MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement*, Leiden: Jongbloed 2008
- MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383
- MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechtens normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1
- MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3
- MI-145 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 8974 020 5
- MI-146 G.K. Schoep, *Straftoematingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 1306 018 8
- MI-147 A.R. Spanjer, *Structural and regulatory reform of the European natural gas market - Does the current approach secure the public service obligations?* (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen en Looijen bv, ISBN 978 90 6464 300 2
- MI-148 E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008
- MI-149 G. Suurmond, *Enforcing fire safety in the catering industry. An economic analysis.*
- MI-150 J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM-Boekery 2008, ISBN 978 90 6750 048 7
- MI-151 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 05051 6

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

BWKJ 23 (2007): Samenloop