



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Anders en eender: beschouwingen over samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (1982). *Anders en eender: beschouwingen over samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad*. Leiden: Universiteit Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3189>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3189>

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

ANDERS EN EENDER

J.H. NIEUWENHUIS

ANDERS EN EENDER

BESCHOUWINGEN OVER
SAMENLOOP VAN WANPRESTATIE
EN ONRECHTMATIGE DAAD

REDE

UITGESPROKEN BIJ DE AANVAARDING VAN HET AMBT VAN
GEWOON HOGLERAAR IN HET BURGERLIJK RECHT AAN DE
RIJKSUNIVERSITEIT TE LEIDEN OP VRIJDAG 3 DECEMBER 1982



ISBN 90 268 1371 6

© 1982, J. H. Nieuwenhuis, Oegstgeest

Behoudens uitzondering door de Wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, c.q. de uitgeefster van deze uitgave, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen) op te treden, niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgeefster is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen voor copieren, als bedoeld in artikel 17, lid 2. Auteurswet 1912, en in het K.B. van 20 juni 1974 (Stb. 351) ex artikel 16b Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden

In opdracht van A wordt door B een kostbare vleugelpiano verplaatst. Plotse-ling valt de vleugel uit de touwen en raakt onherstelbaar beschadigd.

Welke weg leidt naar vergoeding van de schade? In ieder geval is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (wanprestatie). Maar de beschadiging van de vleugelpiano vormt tevens een inbreuk op het eigendomsrecht van A en daarmee een onrechtmatige daad. Welke weg dient te worden ingeslagen?

De reiziger dreigt te verdwalen, niet alleen bij gebreke van een richtingwijzer, maar ook wanneer twee wijzers elk een andere route aanduiden. In het recht is het niet anders. Niet slechts de leemte, het ontbreken van een rechtsregel, veroorzaakt verlegenheid, ook haar spiegelbeeld, de samenloop van twee regels scheidt problemen. Of eigenlijk niet zo zeer het samenlopen, als wel het uiteenlopen van rechtsregels ontwricht het systeem van het recht. Het recht als systeem, dat wil zeggen als eenheid en orde, als 'innere Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verknüpft'¹, wordt gelijkelijk beheerst door een horror vacui en een horror dupli. Leemte en tweeslachtigheid bedreigen in gelijke mate de eenheid van het recht. Hieruit volgt intussen dat de innerlijke samenhang en de 'grote eenheid' een opdracht vormen, en geen verworvenheid.

Rechtsregels, bestemd om orde te scheppen, bereiken, wanneer zij uiteenlopen, het tegendeel van orde. Coordinatie van uiteenlopende rechtsregels is daarom geboden. Hierover thans enige opmerkingen.

SAMENLOOP VAN AANSPRAKELIJKHEIDSREGELS

Eerst een rigoureuze beperking om snel tot de kern te geraken. Die kern is immens, zowel in theoretisch als in praktisch opzicht, gelegen in de samenloop van contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheidsregels. Hier ook woedt de strijd. De wetenschap heeft zich ingegraven. Twee kampen bestrijden elkaar, voorname-

¹ Savigny 1840, blz. 214

lijk door de eigen argumenten te herhalen. De Hoge Raad is hier bovendien niet bijster geslaagd in zijn eerste taak: het stichten van eenheid in de rechtstoepassing. De lagere rechtspraak gaat haar eigen, zeer uiteenlopende wegen.

Bovendien wordt het betoog grotendeels gesitueerd in het komende recht. Hiervoor de volgende redenen. Door de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek verdwijnen oude problemen van samenloop en worden nieuwe geïntroduceerd. Oude problemen verdwijnen, bijvoorbeeld doordat aan het uiteenlopen van regels een einde is gemaakt. Schadevergoeding alleen in geld (wanprestatie) of ook in andere vorm (onrechtmatige daad)? Het nieuwe recht scheert beide aansprakelijkheidsvormen op dit punt over één kam (schadevergoeding ook in andere vorm, art. 6.1.9.9).

Nieuwe problemen van samenloop worden geïntroduceerd. Schuld en risico, de traditionele ankers van de aansprakelijkheid zijn in het NBW op drift geraakt. Voor het komende recht geldt niet langer het huidige uitgangspunt dat de regeling ter zake van wanprestatie berust op het risico-beginsel (de debiteur is aansprakelijk wegens niet-nakoming ook indien hem geen verwijt treft), terwijl het delictenrecht is gebaseerd op het schuld-beginsel (geen aansprakelijkheid zonder schuld). In het NBW is het risico-beginsel op een breed front het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht binnengedrongen. In een aantal gevallen leidt dit tot snellere aansprakelijkheid dan via de regels ter zake van het niet-nakomen van overeenkomsten. De vraag rijst: kan de wederpartij profiteren van deze kortere weg naar vergoeding van haar schade?

VESTIGING, OMVANG EN DUUR VAN DE AANSPRAKELIJKHEID IN HET NBW

Wat betreft de samenloop op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht wringt de schoen op drie punten: vestiging, omvang en duur van de aansprakelijkheid. Wat indien de ene regeling uitgaat van schuld en de andere van risico (vestiging)? Wat als op grond van de ene aansprakelijkheid een beperktere kring van schadelijke gevolgen voor vergoeding in aanmerking komt dan via de alternatieve aansprakelijkheid (omvang)? En tenslotte: wat indien de termijnen

voor verjaring en verval in beide regelingen uiteenlopen (duur)?²

Regels van aansprakelijkheidsrecht hebben doorgaans de volgende structuur: aan de vervulling van een aantal voorwaarden (onrechtmatige daad, schuld, causaal verband, schade) wordt een rechtsgevolg geknoopt (de verbintenis tot schadevergoeding). Eerst moet worden bezien of aan de voorwaarden voor *vestiging* van de aansprakelijkheid is voldaan en vervolgens, als deze drempel is genomen, in welke *omvang*. Het NBW volgt dit onderscheid tussen vestiging en omvang. De vestiging van de aansprakelijkheid is geregeld binnen twee verschillende kaders, naar gelang het betreft de niet-nakoming van een verbintenis (bijna steeds uit contract) of het overtreden van een buitencontractuele norm.

‘Wanprestatie’

Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend (art. 6.1.8.1 lid 1).

Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6.1.8.2).

Onrechtmatige daad

Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden (art. 6.3.1.1 lid 1).

Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6.3.1.1 lid 3).

Op het eerste gezicht een sprekende gelijkenis. Aansprakelijkheid berust in beide gevallen op toerekening en die toerekening wordt op

² Na afloop van de verjaringstermijn blijft de gehoudenheid tot schadevergoeding bestaan als een natuurlijke verbintenis. De verjaring heeft een zogeheten ‘zwakke werking’. Zie Parl. Gesch. boek 3, blz. 917.

haar beurt in beide gevallen beheerst door schuld of een oorzaak die krachtens wet of in het verkeer geldende opvattingen *voor rekening* van de gedaagde komt.³

In een ander opzicht lopen de beide regelingen echter wel uiteen. Aansprakelijkheid *tenzij* de tekortkoming de schuldenaar *niet* kan worden toegerekend (wanprestatie), tegenover aansprakelijkheid *indien* de onrechtmatige daad de dader kan worden toegerekend (onrechtmatige daad). Een frappant verschil in zinsbouw waaraan belangrijke gevolgen voor de verdeling van het bewijsrisico zijn verbonden. Aangesproken wegens wanprestatie moet de gedaagde, om aan aansprakelijkheid te ontkomen, feiten bewijzen die rechtvaardigen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Terzake van een onrechtmatige daad is het bewijsrisico met betrekking tot de toerekening verschoven naar de eiser.⁴

Toch is het zeker niet zo dat wat de vestiging van beide aansprakelijkheden betreft de verschillen zijn gereduceerd tot een verschil in bewijslastverdeling. De beide regelingen, hier aangehaald, zijn zeer ruime kaders die elders worden gepreciseerd. Zo vormen de aansprakelijkheid ter zake van de overeenkomst van hulp en berging en ter zake van aanvaring een precisering van respectievelijk wanprestatie en onrechtmatige daad. Dit, gevoegd bij de 'gemengde' toerekeningsbasis van beide regelingen (schuld en risico), brengt mee dat ook in het NBW de vestiging van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid vaak op uiteenlopende mengsels van schuld en risico zal berusten.

Aan het uiteenlopen van de regels met betrekking tot de *omvang* van de aansprakelijkheid lijkt in het NBW een radicaal einde gemaakt. In afdeling 6.1.9 is immers de omvang van de verbintenis tot

3. Om begrijpelijke redenen komt in de bepaling over de onrechtmatige daad een verwijzing naar de rechtshandeling als toerekeningsfactor niet voor. Dit neemt echter niet weg dat heel vaak het feit dat tussen de eiser en gedaagde sprake was van een overeenkomst van doorslaggevende betekenis is voor de toerekening van een gedraging als onrechtmatige daad. Zie bijvoorbeeld HR 9 december 1955, NJ 1956, 157.
4. Ten aanzien van niet-nakomen van inspanningsverbintenissen is het verschil minder markant. In dat geval moet immers de eiser bewijzen dat sprake is van een tekortkoming, dat wil zeggen dat de schuldenaar is tekort geschoten in de inspanning die op grond van de overeenkomst van hem kon worden verlangd (vgl. Parl. Gesch. boek 6 blz. 264). Is de eiser daarin geslaagd, dan is er vervolgens weinig ruimte voor de stelling van gedaagde dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.

schadevergoeding uniform geregeld, ongeacht de wijze waarop de aansprakelijkheid is gevestigd (wanprestatie dan wel onrechtmatige daad). Alle traditionele problemen van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad voor zover verband houdend met de omvang van de te vergoeden schade lijken samen met het huidige wetboek van het toneel te verdwijnen. Toch is dit slechts schijn. Een cruciale bepaling uit deze afdeling gooit roet in het eten (art. 6.1.9.4).

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking 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 gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend’.

Door dit artikel verkrijgt de scheidingswand tussen vestiging en omvang van de aansprakelijkheid een uiterst poreuze structuur. Bij de vaststelling van de omvang van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt, moet mede worden gelet op de ‘aard van de aansprakelijkheid’. Aangezien het hier vooral gaat om de vraag of sprake is van schuld- dan wel risico-aansprakelijkheid⁵, kunnen de contractuele en buitencontractuele wegen, vaak uiteenlopend geplaveid met schuld en risico, heel wel leiden tot verschil in omvang van de te vergoeden schade.

Ook met betrekking tot de duur van de aansprakelijkheid lijkt op het eerste gezicht het einde van de samenloopperikelen in zicht. Het NBW bepaalt immers in art. 3.11.13 dat de rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van drie jaren.

‘Mede om geschillen te voorkomen of een vordering er een uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad is, wordt de termijn voor beide gelijk gesteld’⁶

5 De aanwezigheid van risico-aansprakelijkheid zal vaak leiden tot grote terughoudendheid ten aanzien van de *omvang* van die aansprakelijkheid. Vergelijk in dit verband HR 13 januari 1975, NJ 1975, 509 ‘dat aan de andere kant het voor ons recht uitzonderlijk karakter van deze aansprakelijkheid, verbonden aan het in eigendom hebben van een bouwwerk, voor zonder schuld veroorzaakte schade grond geeft voor die aansprakelijkheid in nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe de aanleiding gaf – de gehele of gedeeltelijke instorting van een gebouw – te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 kan worden geest’

6 Parl. Gesch. boek 3, blz. 923

Maar niet te vroeg gejuicht. Uit art. 3.11.13 volgt niet:

‘dat elders in het wetboek of in andere wetten afwijkende bepalingen niet voorkomen’⁷

Problemen van samenloop ten aanzien van de duur van de aansprakelijkheid zullen er zeker blijven, ook onder het NBW. Met name ter zake van de bijzondere overeenkomsten geregeld in boek acht vallen termijnen te verwachten die afwijken van art. 3.11.13.

EEN NIEUWE WENDING AAN EEN VASTGELOPEN DEBAT

Een tweede reden voor de centrale rol van het NBW in dit betoog is het opstel ‘Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.’ van de hand van Snijders.⁸ Diens beschouwingen over wat hij noemt ‘het gemengde vorderingsrecht’ kunnen aan de stagnerende discussie over de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad een nieuwe wending geven. Wel staan Snijders’ beschouwingen op dit punt op gespannen voet met zijn stelling dat ook voor het NBW mag worden uitgegaan van de thans heersende inzichten ten aanzien van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad, waaronder de vuistregel dat de eiser mag kiezen op welke rechtsgrond hij zich wil baseren.

Nu is het zeker niet zo dat deze vuistregel ieders instemming geniet. Een kort overzicht van de stand van het debat.

Welke weg leidt naar vergoeding van de schade aan een vleugelpiano die bij de uitvoering van een overeenkomst uit de touwen valt? Er is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (wanprestatie), maar de beschadiging vormt tevens een inbreuk op het eigendomsrecht van de opdrachtgever en daarmee een onrechtmatige daad.

Hoe verhouden beide wegen zich? Alternatief, aldus dat de eiser kan kiezen aan de hand van welke regel hij zijn vordering beoordeeld wil zien? Of exclusief, hetgeen betekent dat de regel ter zake van wanprestatie in dit geval de buitencontractuele regel verdringt?

⁷ Parl. Gesch. boek 3, blz. 924

⁸ Snijders 1973

Rondom die keuze heeft rechtsgeleerd Nederland zich ingegraven.

De Hoge Raad kiest voor het stelsel van alternativiteit. Dit resultaat wordt bereikt in twee stappen. Eerst dient vastgesteld of de handelwijze van gedaagde onrechtmatig is 'onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen' (HR 9 december 1955, NJ 1956, 157). Een positief antwoord leidt vervolgens tot de conclusie dat 'de eiser mag kiezen op welk van beide aansprakelijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen' (HR 6 maart 1959, NJ 1959, 349).

Niet iedereen is gecharmeerd van de benadering van de Hoge Raad. Een belangrijke groep dissidenten geeft de voorkeur aan het Franse stelsel van exclusiviteit en hun gelederen slinken zeker niet.⁹ Voor allen één:

'Een redelijke toepassing van de wet en de daaraan ten grondslag liggende systemen brengt dan ook mee, dat, waar een bepaald rechtsfeit door contractuele aansprakelijkheidsnormen wordt geregeld, de toepasselijkheid van artikel 1401 of een andere bepaling, die buiten-contractuele aansprakelijkheid regelt, moet worden ontkend'¹⁰

Beide systemen, het alternatieve en het exclusieve, hebben één ding gemeen. De oplossing die zij bieden voor de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad is in beide gevallen even 'eenzijdig'. Voor het exclusieve stelsel is dat zonder meer duidelijk. De delictuele norm wordt eenvoudig buiten beeld gedraaid zodra een contractuele aansprakelijkheidsregel aan de horizon verschijnt. Maar ook het alternatieve stelsel laat de scheiding tussen beide aansprakelijkheden onaangetast. Wel wordt de eiser de keuze geboden, maar dit geschiedt om hem in staat te stellen de regel die voor hem het minst aantrekkelijk is te ecarteren. Terzijdestelling van één van beide regels is steeds het resultaat. In het exclusieve stelsel bij voorbaat en van rechtswege, in het alternatieve systeem via een keuze door de eiser.

Het ziet er niet naar uit dat het debat over de samenloop van onrechtmatige daad en wanprestatie een einde zal nemen doordat de ene partij de andere overtuigt. Daarvoor is het geloof in het eigen

⁹ Pels Rijcken 1980, blz 1125

¹⁰ Boukema 1966, blz 121 e v

gelijk te hardnekkig. De 'exclusieven' ervaren het alternatieve stelsel als wanorde. Hoe kunnen twee uiteenlopende normen tegelijk van toepassing zijn? De bevoegdheid van eiser om de voor hem gunstigste bepaling uit te zoeken, bestempelen zij als een 'grabbelton' (Köster).¹¹ De exclusiviteit van de contractuele norm berust huns inziens op de verbindende kracht van de overeenkomst, 'de sleutel van de oplossing van het samenloopprobleem' (Schoordijk).¹²

De aanhangers van het alternatieve stelsel zien de exclusieve gelding van de contractuele regels als een ongeoorloofde inbreuk op een subjectief recht. Als artikel 1401 de benadeelde de bevoegdheid verleent om onder bepaalde voorwaarden zijn schade op de dader te verhalen, dan gaat het niet aan hem dit recht te ontnemen, enkel en alleen op grond van de omstandigheid dat tussen eiser en gedaagde sprake was van een overeenkomst. Iedere rechtsregel dient zoveel mogelijk tot zijn recht te komen (Snijders).¹³

Hoe kan het vastgelopen debat worden vlot getrokken? In ieder geval niet door met hernieuwde kracht van argumenten in één van beide richtingen te trekken. Een nieuwe wending biedt betere kansen. De aanzet daartoe is zeker bespeurbaar, zowel in de rechtspraak als in de literatuur. Maar eerst, ter vermijding van een tweede schipbreuk: op welke klippen is het debat vastgelopen?

DRIE DROGBEELDEN

Een drievoudig beeld van het privaatrecht, reeds lang overwonnen, houdt nog steeds het debat over de samenloop in zijn greep.

1. De substantie van het privaatrecht wordt gevormd door rechtsregels, die geheel in de trant van Leibniz' Monaden ieder een in zichzelf besloten (vensterloos) en toereikend bestaan leiden.

11. Koster 1960, blz. 39.

12. Schoordijk 1964, blz. 203. Het is intussen de vraag of Schoordijk thans nog mag worden gerekend tot het 'exclusieve' kamp. In 1964 schreef hij 'De buitencontractuele normen dienen door contractuele normen geheel buiten spel te worden gezet' (blz. 202). In 1979 is hij van oordeel 'dat buitencontractuele figuren ook een contractuele functie kunnen hebben, mits ze niet contrair zijn aan de contractuele regelen' (Schoordijk 1979, blz. 50).

13. Snijders 1973, blz. 454.

2. De belangrijkste functie van regels van privaatrecht is de verlening van subjectieve rechten.
3. Het processuele gewaad van het subjectieve recht is de actie. Zo heeft de aangerezen voetganger een actie uit onrechtmatige daad, de teleurgestelde koper een actie uit wanprestatie.

Elk onderdeel van deze visie op het privaatrecht is reeds lang verworpen. Niettemin leveren zij de onbewuste drijfveren voor de gangbare strategie ter oplossing van het samenloopprobleem: *ecartering van één van beide aansprakelijkheidsregels, hetzij bij voorbaat en van rechtswege (het exclusieve stelsel), hetzij via een keuze door de eiser (het alternatieve stelsel). Een benadering die het niet zoekt in terzijdestelling van één van beide regels, maar in coordinatie van beide gronden voor aansprakelijkheid, wordt eerst mogelijk wanneer ook op het terrein van de samenloop de hier geschetste drievoudige visie op het privaatrecht bewust wordt prijsgegeven en wordt vervangen door een andere.*

HET OPEN KARAKTER VAN REGELS

Regels van privaatrecht dragen een open karakter.

'Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend' (art. 6:18.1)

Een bij uitstek open regel. Open in dubbel opzicht: ontvankelijk voor invloeden van buitenaf en onvoltooid. Artikel 6:18.1 wordt beïnvloed door andere regels waaronder regels met een buitencontractueel karakter. Bovendien is deze bepaling niet af, dat wil zeggen: zij weet niet voor alle gevallen raad. Aanvulling van buitenaf komt goed van pas.

Ivens komt in een snel optrekkende wagen van de Rotterdamse Electriche Tram te vallen en raakt gewond

Is de vervoerder aansprakelijk voor de schade? De Hoge Raad oordeelt hieromtrent:

'dat de overeenkomst tot het vervoer van personen als regel voor de vervoerder de verplichting meebrengt om de reizigers veilig naar de plaats van bestemming te brengen, waaruit volgt dat bij het ontstaan van schade, veroorzaakt door letsel van de reizigers in verband met het vervoer overkomen, op de vervoerder de last rust te bewijzen dat het letsel is voortgekomen uit een oorzaak welke hem niet kan worden toegerekend'.¹⁴

Inspiratie voor deze geconcretiseerde regel wordt geput uit een groot aantal bepalingen waaronder art. 1 Spoorwegwet. Bovendien acht de Hoge Raad het geen bezwaar dat 'daarbij soms eerder aan een verplichting uit de wet dan aan een verplichting uit overeenkomst is gedacht'. Gezichtspunten uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht beïnvloeden de contractuele aansprakelijkheid.

Ook in omgekeerde richting gaan de sluisen open en stromen contractuele regels het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht binnen. Bij de uitvoering van een overeenkomst tot hulp en berging vindt een aanvaring plaats ten gevolge van een oorzaak aan boord van het in gevaar verkerende schip. Welke weg leidt naar vergoeding van de schade aan het hulpverlenende schip? De contractuele route voert via het schuldbeginsel. De overeenkomst tot hulp en berging brengt mee dat schade aan het hulpverlenende schip veroorzaakt door het in gevaar verkerende schip slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien sprake is van gedragingen van opvarenden van het laatstbedoelde schip waardoor de hulpverlening op verwijtbare wijze wordt doorkruist of belemmerd.

De (buitencontractuele) aanvaringsregeling gaat daarentegen uit van het risico-beginsel (elke oorzaak aan boord van het schip leidt tot aansprakelijkheid ook wanneer de opvarenden geen verwijt treft). Een probleem van samenloop. Vindt de contractuele regeling exclusieve toepassing? Of kan de eiser kiezen op welk van beide aansprakelijkheden hij zijn rechtsvordering bouwt, aldus dat wanneer hij de voor hem gunstige aanvaringsregeling kiest, hij kan volstaan met het bewijs dat de aanvaring het gevolg is van een oorzaak aan boord van het andere schip? Het één noch het ander blijkt het geval naar het recente oordeel van de Hoge Raad.¹⁵ Ter zake van

14. HR 26 februari 1971, NJ 1971, 270.

15. HR 15 mei 1981, NJ 1982, 237.

een aanvaring in het kader van een overeenkomst tot hulp en berging worden de regels met betrekking tot aanvaring niet verdrongen, maar wel beïnvloed door de contractuele normen. Aansprakelijkheid uit aanvaring slechts bij schuld van de opvarenden van het in gevaar verkerende schip.

Aanvaarding van het open karakter van rechtsregels betekent de doodsteek voor een zuiver exclusief stelsel. Want van tweeen één: *of* men is van oordeel dat contractuele regels ‘volledig’ zijn en de oplossing bieden voor ieder geval van schadeveroorzaking binnen het contractuele kader, zodat aanvulling van buitenaf niet nodig is; *of* men accepteert het binnendringen van buitencontractuele regels in de contractuele aansprakelijkheid, maar noemt iedere regel die wordt toegepast in een contractuele verhouding, ongeacht haar afkomst en inhoud, reeds om die reden contractueel. De eerste benadering is onaanvaardbaar, de tweede een spel van woorden.

RECHTSVERHOUDINGEN VORMEN DE SPIL VAN HET PRIVAATRECHT

De belangrijkste taak van regels van privaatrecht is niet het verlenen van subjectieve rechten, maar het regelen van rechtsverhoudingen.

‘Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend’ (art 6.1.8 1)

Wat bepaalt dit artikel? Gesproken wordt van een rechtsplicht, een verbintenis tot schadevergoeding ten laste van de schuldenaar. Onuitgesproken, maar daarom niet minder belangrijk, verleent het artikel een subjectief recht, een vorderingsrecht ten gunste van de schuldeiser. Inderdaad, twee kanten van één medaille, maar de medaille wordt gevormd door de *rechtsverhouding* tussen schuldeiser en schuldenaar.¹⁶ Deze constatering is niet zonder gevolgen voor de

¹⁶ Zie voor een recente beschouwing over de triniteit ‘rechtsverhouding – subjectief recht – rechtsplicht’ Van Schendel 1982, blz 10 e v

problemen van samenloop. De visie dat de substantie van het privaatrecht wordt gevormd door subjectieve rechten¹⁷ leidt rechtstreeks naar een voorkeur voor het alternatieve stelsel met betrekking tot de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad. Immers, kenmerkend voor een subjectief recht is dat het een bevoegdheid schept waarvan de rechthebbende al dan niet gebruik kan maken. Wanneer nu twee regels vorderingsrechten verlenen die wat betreft vestiging en omvang uiteenlopen, ligt het voor de hand de eiser de voor hem gunstigste bepaling te laten kiezen.

Deze benadering wordt echter minder vanzelfsprekend wanneer het subjectieve recht uit het middelpunt van het privaatrecht verdwijnt. Met even veel, en even weinig, recht zou men kunnen uitgaan van een keuzerecht voor de schuldenaar. De bevoegdheid voor gedaagde om ter beoordeling van zijn aansprakelijkheid de voor hem minst bezwarende regel te kiezen.

Een redelijk evenwicht in de rechtsverhouding tussen eiser en gedaagde, daarop zijn rechtsregels gericht; met deze strekking is onverenigbaar de bevoegdheid van één van beiden om via een keuze de voor de ander gunstige bepaling uit te schakelen. De evenwichtzoekende tendens van rechtsregels is niet gebaat bij eliminatie door de eiser, maar vergt coordinatie door de rechter.

Vrijheid van keuze heeft de eiser zeker, zowel ten aanzien van het petitiem (nakoming, ontbinding, schadevergoeding) als met betrekking tot de feiten die hij daaraan ten grondslag legt. Maar ook ten aanzien van de rechtsgronden? Mag de eiser verlangen dat de rechter het gevorderde toetst uitsluitend aan *deze* regel en de andere buiten beschouwing laat? Deze vraag voert naar een bepaling die de sleutel vormt van het samenloopprobleem: artikel 48 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

COORDINATIE VAN RECHTSGRONDEN

Een redelijke uitleg van art. 48 Rv. brengt mee dat de rechter de rechtsgronden niet alleen aanvult maar ook coordineert. De gewonde passagier zal vaak de vervoerder kunnen aanspreken zowel op grond van de vervoerovereenkomst als uit onrechtmatige

¹⁷ Aldus bijvoorbeeld Brunner 1979, blz. 9

daad.¹⁸ Hoeveel vorderingsrechten heeft hij in dat geval? Eén of twee? Een probleem voor nagelbijters door Snijders geïmporteerd uit de Duitse doctrine. Aldaar wordt strijd geleverd over de vraag of sprake is van twee vorderingsrechten waarvan er één vervalt wanneer het andere wordt voldaan (Anspruchskonkurrenz), of van één vorderingsrecht dat op dubbele wijze in het recht is verankerd (Anspruchsnormenkonkurrenz).¹⁹

Twee vorderingsrechten of één? Aldus gesteld, behoort het probleem tot dezelfde categorie als de eekhoorn van William James.

EEN ZIJPAD DOOR HET BOS

Een wandelaar weet dat op de achterkant van een boom een eekhoorn zit. Hij wil het beest zien en rent enige malen rond de boom. Maar hoe snel hij ook loopt, wanneer hij zich aan de ene kant van de boom bevindt, is de eekhoorn aan de andere kant. Nu rijst de netelige vraag: loopt de wandelaar rond de eekhoorn of niet?

William James verhaalt hoe hij eens twee groepen studenten die elkaar in de haren vlogen naar aanleiding van deze vraag heeft gekalmeerd met de bezweringsformule: dat hangt er van af. Het antwoord hangt af van hetgeen wordt bedoeld met ‘rondom de eekhoorn lopen’. Als wordt bedoeld zich bevinden eerst ten noorden van de eekhoorn, vervolgens ten oosten, dan ten zuiden en tenslotte ten westen, dan loopt de wandelaar zeker rondom de eekhoorn. Als daarentegen ‘rondom de eekhoorn’ wordt opgevat als zich bevinden achtereenvolgens vóór, ter rechter zijde, achter en ter linker zijde van de eekhoorn, dan loopt hij niet rondom de eekhoorn want door de omtrekkende bewegingen van de eekhoorn blijft diens buik steeds gericht naar de wandelaar terwijl de rug voortdurend van hem blijft afgewend.

James gebruikt deze anecdote om reclame te maken voor zijn filosofie: het pragmatisme. ‘The pragmatic method in such cases is to try to interpret each notion by tracing its respective practical consequences. What difference would it practically make to anyone if

¹⁸ *Onrechtmatige Daad III* (Herrmann) no 10

¹⁹ Snijders 1973, blz 460 e v, Larenz 1981, blz 689 e v

this notion rather than that notion were true? If no practical difference whatever can be traced, then the alternatives mean practically the same thing, and all dispute is idle'.²⁰

De rechtswetenschap zou zeker baat vinden bij een flinke scheut pragmatisme. Vooral met betrekking tot discussies die in het welles/nietes-stadium zijn beland. Is de natuurlijke verbintenis een verbintenis? Ja of nee? Heeft de goede trouw beperkende werking? Wel of niet? Vergelijking van de praktische gevolgen die de disputanten aan hun 'welles' of 'nietes' verbinden, noopt tot de pragmatische conclusie: all dispute is idle.

TWEE OF ÉÉN?

Twee vorderingsrechten of één? Ook hier geldt: dat hangt er van af. Het begrip 'vorderingsrecht' is opgebouwd uit twee onderdelen die elk een verschillende nadruk kunnen krijgen. In de eerste plaats is het een *vordering*, een verlangen van de eiser, bijvoorbeeld schadevergoeding. Maar niet ieder verlangen van iedere eiser levert een vorderingsrecht op. Is dit verlangen gerechtvaardigd? Dat is de vraag die in het proces aan de orde komt. Heeft de gewonde passagier die schadevergoeding vordert één vorderingsrecht of twee? Het zal duidelijk zijn dat die vraag zo gesteld weinig vrucht kan dragen. Wordt de nadruk gelegd op het gevorderde, de schadevergoeding, dan is sprake van één vorderingsrecht. Gaat het daarentegen vooral om de rechtvaardiging van dit verlangen, dan ligt het meer voor de hand te spreken van twee vorderingsrechten, althans voor zover men van oordeel is dat de vordering van de gewonde passagier op twee verschillende wijzen wordt gerechtvaardigd: contractueel en delictueel.

Ook al is de vraag: één vorderingsrecht of twee, niet voor een categorisch antwoord vatbaar, dit neemt niet weg dat het door Snijders aangesneden probleem zeker van belang is. Immers, praktisch gevolg, de proef op de som voor een zinvolle begripsvorming, is hier wel degelijk in het geding. Niet dat eerst bij wege van a priori een keus kan worden gemaakt (één vorderingsrecht of twee) om daaruit vervolgens consequenties voor het materiële recht af te leiden.

20. James 1907, blz. 27 e.v.

Maar wel is het zo dat de ene opvatting een beter kader verschaft aan de wenselijk geachte rechtsgevolgen dan de andere. Het oordeel dat sprake is van twee vorderingsrechten sluit wonderwel aan bij de traditionele visie dat wanprestatie en onrechtmatige daad twee onafhankelijke aansprakelijkheden opleveren die wat betreft vestiging en omvang uiteenlopen en waaruit de eiser kan kiezen, aldus dat een keuze voor de ene aansprakelijkheidsvorm leidt tot uitschakeling van het alternatief. In dit stelsel ontkomt men er echter niet aan om aan te geven in welke gevallen de eiser kan kiezen. Wanneer is sprake van alternatieve samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad? Zoals bekend heeft de Hoge Raad, na enige aanloopjes, zijn standpunt in *canonieke vorm gegoten bij gelegenheid van het arrest Boogaard/Vesta*.²¹ Alternativiteit is aanwezig indien de schadeveroorzakende gedraging:

‘onafhankelijk van een tussen partijen bestaande contractuele verhouding – hetgeen wil zeggen onafhankelijk van een schending van contractuele verplichtingen – onrechtmatig is’.

Wie de rechtspraak naar aanleiding van de maatstaf van de Hoge Raad overziet²², kan niet anders dan onder de indruk geraken van de grote vrijmoedigheid waarmee dit criterium in de praktijk wordt gehanteerd. Wel is bekend – althans in theorie – hoe het *niet* moet, namelijk door het contract of de contractuele verplichting *weg te denken*²³, maar hoe het criterium *wel* is op te vatten is allerminst duidelijk. Een bonte verscheidenheid in de wijze van hantering is het resultaat. Het criterium ‘onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen’ fungeert in de praktijk evenzeer als een ‘toverformule’ als de voorzienbaarheid dat deed ter zake van het

21. HR 9 december 1955, NJ 1956, 157.

22. Onrechtmatige Daad III (Herrmann) no. 4 e.v.

23. Niettemin vaak ijdel vermanen. Vergelijk bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle 20 november 1968, NJ 1969, 187: Bij tewaterlating wordt een vaartuig beschadigd. De aan de gedaagde verweten handelingen geschieden in de uitvoering van de overeenkomst en zijn niet los van deze laatste denkbaar, zodat slechts van wanprestatie kan worden gesproken. Vergelijk ook Rechtbank Breda 28 mei 1968, Schip en Schade 1969, no. 14: Vervoer van dragline die vastloopt op een spoorwegovergang. De aan de vervoerder gemaakte verwijten betreffen uitsluitend de uitvoering van de overeenkomst, zodat bij eliminering van de uit deze overeenkomst voortvloeiende verbintenis geen grondslag overblijft voor een vordering uit onrechtmatige daad.

causale verband tussen onrechtmatige daad en schade.²⁴ Terwijl deze maatstaf eigenlijk de beslissing behoort te bepalen, heeft het er alle schijn van dat omgekeerd de gewenste uitkomst (wel of geen alternatieve toepasselijkheid van de delictuele norm) vaak bepalend is voor het oordeel of de gedraging al dan niet onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is.

In dit licht treedt een praktisch voordeel van de visie dat sprake is van slechts één – meervoudig verankerd – vorderingsrecht scherp naar voren. Het Boogaard/Vesta-criterium kan een zachte dood sterven. Reden van bestaan ontleent het uitsluitend aan het alternatieve stelsel. Als de eiser onder omstandigheden kan kiezen ‘op welk van beide aansprakelijkheden hij zijn rechtsvordering wil bouwen’ dient te worden aangegeven onder *welke* omstandigheden. Verschuift daarentegen het perspectief van keuze van één van beide rechtsgronden door de eiser naar coordinatie van beide rechtsgronden door de rechter, dan is de rol van het door de Hoge Raad ontwikkelde criterium uitgespeeld.

Ook de opvatting dat sprake is van één vorderingsrecht, gedragen door twee rechtsgronden is echter zeker niet zonder problemen. Zij zal immers steeds samengaan met de wens een zekere eenheid te stichten in de beide rechtsgronden die het ene vorderingsrecht funderen. Deze visie moet wel leiden tot het aannemen van overgangsfiguren in het aansprakelijkheidsrecht, mengvormen van contractuele en delictuele aansprakelijkheid. Die consequenties zijn dan ook getrokken, zowel in de Duitse literatuur²⁵, als door Snijders die in dit verband spreekt van een ‘gemengd vorderingsrecht’.²⁶

Nu kunnen overgangsvormen, bij hun introductie in het recht, steevast rekenen op een koele ontvangst. Wat zich onttrekt aan etikettering wekt wantrouwen. Tot op zekere hoogte is dat ook wel begrijpelijk. Wie zonder een ruim arsenaal van schema’s en indelingen het recht te lijf wil, gaat roemloos ten onder. Ook in het recht geldt: verdeel en heers. Beheersing van het recht is slechts mogelijk

24 Kostcr 1963, blz 14

25 Georgiades 1968, blz 172 ‘Aus der Erkenntnis heraus, dass der Inhalt dieses Anspruchs der Gesamtheit der konkurrierenden Normen zu entnehmen ist, versteht sich jedoch von selbst, dass dieser auch seiner Natur nach gemischt ist. Stützt sich der Glaubiger beispielsweise auf Vertragsverletzung und Delikt, dann handelt es sich um einen einheitlichen Anspruch, der zugleich vertraglich *und* deliktisch ist’

26 Snijders 1973, blz 460

als de stof op overzichtelijke wijze is ingedeeld. Het systeem opgevat als schema, dat is één – onmisbare – kant van het recht, en wel de buitenkant. Maar ook de binnenkant van het recht is ‘systematisch’, systeem thans begrepen als innerlijke samenhang, als ‘eenheid in veelvoud’. Het dubbele karakter van het systeem-begrip is verantwoordelijk voor de uiteenlopende reacties op het samenloopvraagstuk. Wordt sterk de nadruk gelegd op het eerste aspect, dan moet de scheiding tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid zeker worden gehandhaafd. Mengvormen komen de overzichtelijkheid nu eenmaal niet ten goede. Wie daarentegen vooral de innerlijke samenhang van het recht ter harte gaat, zal in opstand komen als hetzelfde verlangen (schadevergoeding), gegrond op dezelfde feiten, uiteenlopend wordt bejegend al naar gelang de ene dan wel de andere lade wordt opengetrokken.

Dit tweede aspect moet het zwaarst wegen. Daarbij komt nog dat het met de overzichtelijkheid van het huidige (alternatieve) stelsel zo’n vaart niet loopt. Het verzet tegen de erkenning van mengvormen van contractuele en delictuele aansprakelijkheid zal zonder twijfel gepaard gaan met de stelling dat, wanneer in het stelsel van alternativiteit de eiser eenmaal gekozen heeft op welk van beide aansprakelijkheden hij zijn rechtsvordering wil bouwen, in ieder geval duidelijk is *welke* regels moeten worden toegepast. Deze zekerheid is echter grotendeels schijn. In de eerste plaats is het keuzerecht van de eiser afhankelijk van een toets waarvan de uitslag nauwelijks voorspelbaar is (is de gedraging ook onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig?). Maar zelfs indien de laatste vraag bevestigend wordt beantwoord, wil dat nog geenszins zeggen dat de in dat geval gekozen rechtsgrond in ‘zuivere’ vorm kan worden toegepast. Vermenging van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is reeds lang een realiteit. De contractuele aansprakelijkheid van de vervoerder wordt, zoals we zagen²⁷, ingevuld met behulp van buitencontractuele regels, de aansprakelijkheid uit aanvaring, voor zover aan de orde binnen een contractueel kader, ondergaat een sterke invloed van de regels die gelden voor dat contractstype.²⁸ De erkenning van mengvormen van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid

²⁷ HR 26 februari 1971, NJ 1971, 270

²⁸ HR 15 mei 1981, NJ 1982, 237

vormt zeker geen bedreiging voor een *bestaande* duidelijkheid op dit punt. De duidelijkheid van het alternatieve stelsel (óf wanprestatie óf onrechtmatige daad) is niet meer dan schijn. Zij berust op een grove vereenvoudiging van wat er in werkelijkheid gebeurt.

De hantering van mengvormen schept stellig nieuwe en niet geringe problemen. Hoe moet worden vastgesteld welke mengverhouding geboden is. Wat indien bepaalde ingrediënten uit de verschillende aansprakelijkheden elkaar slecht verdragen? Alvorens een poging te wagen tot beantwoording van deze vragen, is het verstandig eerst onder ogen te zien of dit geen verspilde moeite is. Vormt art. 48 Rv. geen blokkade tegen een dergelijke vermenging van rechtsgronden?

DE REIKWIJDTE VAN ART 48 WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING

‘De regters moeten bij hunne beraadslagingen van ambtswege de rechtsgronden aanvullen welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd’. (art. 48 Rv.).

De eiser kan volstaan met ‘eene duidelijke en bepaalde conclusie’ (het petitum) en het aanvoeren van zodanige feiten dat, gezien het toepasselijke recht, het gevorderde kan worden toegewezen. De keuze van het toepasselijke recht mag aan de rechter worden overgelaten. Een en ander brengt mee dat de vordering niettemin kan worden toegewezen ook al heeft de eiser een onjuiste, of zelfs in het geheel geen rechtsgrond gekozen. Tot zover is iedereen het eens.

Thans de controverse. Snijders’ voorkeur voor de opvatting dat sprake is van één – gemengd – vorderingsrecht wordt mede ingegeven door de overweging dat aldus een betere aansluiting bij art. 48 Rv. wordt verkregen.²⁹ J. DRION had in dit verband reeds opgemerkt dat:

‘De consequentie van het prijsgeven van het actiensysteem en van 48 Rv. echter is, dat de eiser, indien de door hem gestelde feiten zowel door 1279 v als door 1401 v beheerst worden, niet te kiezen heeft tussen twee acties,

29 Snijders 1973, blz 460 e v

maar dat de rechter (zonedig ambtshalve) op het feitencomplex beide regelingen cumulatief heeft toe te passen'.³⁰

Hiertegenover heeft Vriesendorp, bij uitstek deskundig op het terrein van art. 48 Rv., de principiële vraag opgeworpen:

'Zijn partijen autonoom in het kiezen en stellen van één, met een andere, samenlopende rechtsgrond in die zin, dat het aan de rechter niet vrijstaat ex art. 48 Rv. die andere "aan te vullen" als de door partijen uitsluitend aangevoerde grond gerechtvaardigd, althans ontvankelijk, blijkt³¹?'

Zijn antwoord is duidelijk:

'De rechter heeft naar mijn mening niet de vrijheid een aangevoerde juiste rechtsgrond met een andere aan te vullen.'³²

Inspiratie voor dit standpunt put Vriesendorp uit het beginsel van partij-autonomie en meer in het bijzonder uit het stelsel van keuzevrijheid zoals neergelegd in het arrest Bertha/Revenir:

'dat, indien iemand op grond van zekere feiten, zowel ter zake van aanvaring als uit hoofde van een door hem gesloten sleepovereenkomst aansprakelijk kan worden gesteld, de wederpartij mag kiezen op welk van beide aansprakelijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen ...³³.'

Nu is het zeer de vraag of letter en geest van dit arrest nog gelden. Door de recente rechtspraak van de Hoge Raad³⁴ lijkt het toch wel uitgesloten dat de eigenaar/reder van het beschadigde schip van de rechter zou kunnen verlangen dat deze de vordering tot schadevergoeding uitsluitend zal toetsen aan één rechtsgrond (aanvaring) onder uitschakeling van de contractuele regels ter zake.

Intussen blijkt Vriesendorp bereid tot belangrijke concessies:

'Immers, ook al zou de rechter de door de eiser bij uitsluiting aangevoerde grond 'onrechtmatige daad' accepteren, dan nog kan hij – de gedaagde zal

30 Drion 1960, blz 17

31 Vriesendorp 1970, blz 158

32 Vriesendorp 1970, blz 158

33 HR 6 maart 1959, NJ 1959, 349

34. HR 15 mei 1981, NJ 1982, 237

zich zeker inspannen hem daartoe te brengen door zich op het nodige te beroepen – door interpretatie bepaalde in het contract, of de wet, voor het geval van wanprestatie, geregelde gevolgen toepassen op de actie uit 1401. En dan kan, ondanks de beperkte en gerechtvaardigde rechtsgrond-keuze van de eiser, zijn vordering worden ‘besmet’ door een rechtsgrond, die hij aan zijn actie (bewust) niet ten grondslag legde.’³⁵

Afgezien van de pejoratieve terminologie (‘besmetting’ van de ene rechtsgrond door een andere), is duidelijk dat ook Vriesendorp erkent dat twee samenlopende rechtsgronden elkaar kunnen beïnvloeden zonder dat de eiser door een exclusieve keuze voor één van beide rechtsgronden dit kan blokkeren. Maar dan eist een redelijke uitleg van art. 48 Rv. dat de rechter deze samenlopende rechtsgronden coördineert.³⁶

ENIGE ANATOMISCHE LESSEN UIT HET NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

De coördinatie van rechtsgronden dreigt nog op andere wijze te stranden. Vormen wanprestatie en onrechtmatige daad geen figuren met een onderling onherleidbare anatomie: niet nakoming van een *verbintenis* tegenover schending van een (andere) *rechtsplicht*? Vertonen de gehoudenheid van de vervoerder om zijn wederpartij naar de overeengekomen plaats te brengen en de verplichting om verkeer van rechts voorrang te verlenen niet zodanige structurele verschillen dat coördinatie is uitgesloten?

35. Vriesendorp 1970, blz. 161.

36. Dit neemt overigens niet weg, dat soms de coördinatie van rechtsgronden spaak loopt omdat de absolute competentie ter zake van de beide rechtsgronden uiteenlopend is geregeld, zoals ten aanzien van arbeidsovereenkomst (Kantonrechter) en onrechtmatige daad (Rechtbank). Vergelijk HR 16 februari 1979, NJ 1979, 453. Eiseres vordert op grond van de artt. 1401 jo 1406 schadevergoeding wegens een bedrijfsongeval waarbij haar echtgenoot de dood vond. Rechtbank en Hof wijzen haar vordering af. In cassatie wordt geklaagd dat het Hof ten onrechte heeft nagelaten ambtshalve de contractuele regel van art. 1638x in zijn oordeel te betrekken. Deze klacht faalt naar het oordeel van de Hoge Raad omdat, nu eiseres haar vordering in eerste instantie heeft aangebracht bij de Rechtbank en door gedaagde niet de exceptie van onbevoegdheid is opgeworpen, de Rechtbank ingevolge art. 157 Rv. de vordering niet anders dan in hoogste ressort kon toetsen aan art. 1638x. Aan het Hof stond het daarom niet vrij art. 1638x in hoger beroep toe te passen.

Zowel het alternatieve als het exclusieve stelsel met betrekking tot de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad kunnen deze vraag laten liggen. Zij berijden enkelspoor. Wie daarentegen de contractuele en buitencontractuele regels wil coördineren, zal deze barrière moeten nemen: zijn er wellicht onoverbrugbare verschillen tussen verbintenissen en (andere) rechtsplichten?

Het NBW stemt in dit opzicht niet optimistisch.

‘Het ontwerp neemt als uitgangspunt, dat alleen bij die rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen. Bij een verbintenis staat tegenover de rechtsplicht van de één een vorderingsrecht van de ander, dat een bestanddeel van diens vermogen is, en in het algemeen overdraagbaar en executabel is. Een verbintenis is derhalve niet aanwezig, wanneer degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, niet een met die rechtsplicht corresponderend vermogensrecht heeft. Zo kan bij de, uit de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 1401 B.W. bekende, wettelijke rechtsplichten en betamelijkheidsplichten niet van verbintenissen gesproken worden, omdat met deze rechtsplichten niet een subjectief vermogensrecht van de door de norm beschermde persoon correspondeert’³⁷

Bovendien is het onderscheid tussen verbintenissen en rechtsplichten in de woorden van de Toelichting ‘van groot belang:’

‘Zo is het in dit boek (zes) omtrent verbintenissen bepaalde niet toepasselijk op de bedoelde andere rechtsplichten, met name de rechtsgevolgen van het niet-nakomen van verbintenissen zijn geregeld in de afdeling 6.1.8., terwijl de gevolgen van het niet naleven van de meeste andere rechtsplichten in de titel over de onrechtmatige daad (6.3) een regeling hebben gevonden. Zo bestaat tussen twee personen slechts een verbintenis, indien dit uit de wet voortvloeit (artikel 6.1.1.1), de afdwingbare rechtsplichten, die bij niet-naleving tot een vordering, wegens onrechtmatige daad kunnen leiden, kunnen uit de wet, doch ook uit het ongeschreven recht voortvloeien (artikel 6.3.1). Ook buiten het Burgerlijk Wetboek is het bedoelde onderscheid van belang zo kan degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, alleen in het geval van het bestaan van een verbintenis in het faillissement van de verpichte als crediteur opkomen’³⁸

37 Parl. Gesch. boek 6, blz. 38

38 Parl. Gesch. boek 6, blz. 37 e.v.

Deze benadering is krachtig bestreden, met name door Schoordijk, die van oordeel is dat de termen verbintenis en rechtsplicht voor identieke begrippen staan. Schoordijk volgt hier het spoor van Eggens:

'In de gedachtengang van Eggens is een onrechtmatige daad dus het niet nakomen van een verbintenis, wanprestatie dus. In zijn beroemde artikelenreeks over de bronnen van de verbintenis scherpt hij de lezer nog eens meer expliciet in.' Maar aan een onrechtmatig nalaten gaat, logisch en naar den tijd genomen, de concrete verplichting tot handelen vooraf, dus de verbintenis in den meest stricte zin, welker niet-nakoming eerst het onrechtmatigheidsmoment scheidt, dat dus evenzeer wanprestatie genoemd mag worden.³⁹

Welke verhouding bestaat er tussen verbintenissen en (andere) rechtsplichten, en in het verlengde daarvan tussen wanprestatie en onrechtmatige daad?

Aan de ene kant is minder aantrekkelijk de visie waarin verbintenissen en rechtsplichten tot identieke begrippen worden gereduceerd. Het heeft weinig zin de ogen te sluiten voor de onmiskenbare verschillen in de anatomie van enerzijds de gehoudenheid van de vervoerder jegens zijn wederpartij om een voorraad melk naar het overeengekomen adres te brengen en anderzijds de norm vervat in de Tariefbeschikking Grensoverschrijdend Goederenvervoer Vrachtauto's die voorschrijft daarvoor een bepaalde minimumprijs in rekening te brengen. In het eerste geval betreft het een rechtsbetrekking tussen twee concreet bepaalde personen, in het tweede geval gaat het om een voorschrift dat zich richt tot eenieder die zich bezig houdt met grensoverschrijdend goederenvervoer.

Aan de andere kant valt niet te ontkennen dat het onderscheid tussen een verbintenis en een rechtsplicht veel van zijn scherpte verliest wanneer het er op aankomt ten processe vast te stellen of inderdaad sprake is van niet-nakoming van een verbintenis (wanprestatie) dan wel schending van een rechtsplicht (onrechtmatige daad). Om te kunnen constateren dat een verbintenis niet is nagekomen moet immers eerst de inhoud van die verbintenis worden bepaald. Het oordeel dat de vervoerder is tekort geschoten in de nakoming

39 Schoordijk 1979, blz 3

van zijn verbintenis veronderstelt dat tevoren is uitgemaakt tot waar zijn verbintenis reikt. Zoals we zagen wordt hierbij zonder aarzeling gebruik gemaakt van buitencontractuele normen.⁴⁰ Omgekeerd verliest de rechtsplicht zijn oorspronkelijke, algemene signatuur zodra in een proces moet worden vastgesteld of sprake is van een onrechtmatige daad jegens *deze* benadeelde. De constatering dat een (algemeen luidend) wettelijk voorschrift is overtreden is niet voldoende. Doordat Maas in strijd met een tariefbeschikking een te lage vrachtprijs berekent, verliest zijn concurrent Willems een belangrijke klant. De Hoge Raad overweegt hieromtrent: 'dat, indien waar is dat, zoals Maas heeft gesteld, ten tijde van het ten processe bedoelde vervoer de door Maas gevolgde wijze van berekenen van de vrachtprijs in geval van samenlading onder de internationale goederenvervoerders, waaronder Willems, algemeen gangbaar was, niet kan worden gezegd dat Maas zich door de overtreding van dat voorschrift tegenover Willems onbehoorlijk zou hebben gedragen.'⁴¹

Ook ten aanzien van de schending van rechtsplichten komt het er in laatste instantie op aan na te gaan wat *deze* gedaagde jegens *deze* eiser behoorde te doen en te laten.

Een en ander brengt het volgende mee. Het blijft goede zin houden – zeker met het oog op het systeem van het NBW – verbintenissen en andere rechtsplichten te onderscheiden. Aan de andere kant: onderscheiden, niet scheiden. Of sprake is van niet-nakoming van een verbintenis dan wel van schending van een rechtsplicht zijn vragen die in een proces sterk convergeren. Dat verbintenis en rechtsplicht niet-identieke begrippen vormen, is geen serieuze belemmering voor de coordinatie van de regels met betrekking tot wanprestatie en onrechtmatige daad.

MENGVORMEN

Mengvormen in het recht, een gemengd vorderingsrecht; de metaforiek van een dergelijke formulering is niet zonder gevaar en eist verheldering. Hoe gaat dat het mengen van twee rechtregels?

40 Zie blz 14.

41 HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463

De voorstanders van het 'gemengde vorderingsrecht' hebben de uitdaging aanvaard. In de Duitse literatuur vindt men veelal verdedigd dat dit procédé moet leiden tot die combinatie die voor de *eiser* het *gunstigst* is⁴², zij het dat hieraan soms wordt toegevoegd dat dit uitgangspunt moet wijken als de toepassing van het gunstigste criterium in strijd zou komen met een norm die de voorrang verdient.⁴³

Snijders heeft zich laten inspireren door art. 6.5.1.4, een voorschrift met betrekking tot de gemengde overeenkomst. Ten behoeve van zijn 'gemengde vorderingsrecht' formuleert hij de volgende regel:

'De bepalingen die gelden voor ieder van de rechtsgronden waarop de verbintenis berust, zijn naast elkaar van toepassing, tenzij die bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking van die bepalingen zich daartegen verzet.'⁴⁴

Beide benaderingen hebben als bezwaar dat zij ons in de steek laten, juist daar waar de schoen gaat wringen: wat indien de bepalingen 'niet wel verenigbaar zijn'? Met name voor dat geval zouden enige aanwijzingen goed van pas komen. Maar ook het punt van vertrek is in beide visies niet zonder problemen: hantering van de voor eiser gunstigste norm, dan wel toepassing van de relevante bepalingen 'naast elkaar'.

De proef op de som wordt geleverd door het recente arrest naar aanleiding van de aanvaring tussen de in gevaar verkerende Jan Heymans en de hulpverlenende Tem1 IV waarbij door een oorzaak aan boord van de Jan Heymans de Tem1 IV geheel onder water werd gedrukt.⁴⁵ Er is hier sprake van samenloop van aanvaring (de zesde titel van Boek II Wetboek van Koophandel) en de overeenkomst van hulp en berging (de zevende titel van Boek II Wetboek van Koophandel). De eerste figuur vormt een uitwerking van art. 1401 Burgerlijk Wetboek, de tweede grijpt terug op de algemene bepalingen terzake van contractenrecht en wanprestatie. (artt. 1356 e.v. B.W.; art. 1279 e.v. B.W.).

42 I arenz 1981, blz 689

43 Georgiades 1968, blz 167 e v

44 Snijders 1973, blz 460, Zie ook Drion 1960, blz 17

45 HR 15 mei 1981, NJ 1982, 237

Zoals we zagen, besliste de Hoge Raad dat van aansprakelijkheid wegens aanvaring slechts sprake kan zijn bij schuld van de opvarenden van het in gevaar verkerende schip. De regels ter zake van aanvaring die van huis uit berusten op het risico-beginsel worden hier weliswaar niet verdrongen maar wel beïnvloed door de contractuele normen.

Valt deze beslissing te rijmen met de beide voorgestelde vuistregels? Zeker *niet* met de opvatting dat de coordinatie van rechtsgronden in beginsel moet leiden tot een voor de eiser zo gunstig mogelijk resultaat. Voor de eiser is de risico-grondslag van art. 536 K.(aanvaring) aanmerkelijk gunstiger dan het uitgangspunt dat de overeenkomst van hulp en berging beheerst: no cure no pay. De zwakke plek van deze benadering treedt hier aan het licht. De opvatting dat gestreefd moet worden naar een resultaat dat voor de eiser zo gunstig mogelijk is, stoelt op de gedachte dat de eiser er niet onder mag lijden, dat zijn vorderingsrecht berust, niet op één, maar op verschillende rechtsgronden.⁴⁶ Dit uitgangspunt is echter zeer aanvechtbaar. De omstandigheid dat de schade werd toegebracht aan een schip dat bezig was met de uitvoering van een overeenkomst tot hulp en berging, maakt wel degelijk verschil en rechtvaardigt ten volle een minder snelle aansprakelijkheid dan bij een 'gewone' (buitencontractuele) aanvaring. De coordinatie van rechtsregels heeft niet ten doel een zo gunstig mogelijk resultaat voor eiser, maar een redelijk evenwicht in de rechtsverhouding van eiser *en* gedaagde.

Thans het voorstel van Snijders: 'de bepalingen die gelden voor ieder van de rechtsgronden waarop de verbintenis berust, zijn naast elkaar van toepassing (...)'. Naast elkaar van toepassing; wat betekent dit? Moeten de bepalingen cumulatief worden toegepast, of wil 'naast elkaar' niet meer zeggen dan dat de verschillende bepalingen in beginsel gelijkwaardig 'naast elkaar staan'? Het één, noch het ander is aantrekkelijk. Cumulatieve toepassing leidt tot een reeks zinloze doublures. Het kan toch niet de bedoeling zijn de rechter tweemaal te laten toetsen of sprake is van sine qua non verband tussen de schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Eénmaal op grond van art. 1401 B.W. (betreft het een aanvaring 'waardoor' aan het hulpverlenende schip schade is toege-

46 Georgiades 1968, blz 167

bracht?) en andermaal via art. 1279 (gaat het om schade ‘voortspruitende’ uit die aanvaring?).

In de alternatieve lezing mist ‘naast elkaar’ iedere toegevoegde waarde. Doel van de regel is toch handen en voeten te geven aan de opvatting dat sprake is van één vorderingsrecht dat in twee verschillende rechtsgronden is verankerd, dit in afwijking van de leer dat de ene rechtsgrond de andere verdringt (het exclusieve stelsel). In dat licht is de toevoeging dat de verschillende bepalingen ‘naast elkaar’ staan een pas op de plaats.

Door de opvatting dat sprake is van één vorderingsrecht verankerd in twee rechtsgronden, is het probleem van samenloop wel verplaatst, maar niet opgelost. Toch is dat vaak nodig: het verplaatsen van een probleem alvorens het met meer succes te kunnen aanpakken. De verschuiving van perspectief is hier duidelijk: niet zozeer in de *eliminatie* van één van beide rechtsgronden, zoals in het exclusieve en alternatieve stelsel, maar in de *coördinatie* van de samenlopende rechtsregels ligt de sleutel. Maar door welke gezichtspunten wordt een dergelijke coördinatie beheerst? IJdel is in ieder geval het streven naar één, enkelvoudige regel. Daarvoor zijn de problemen van samenloop, zelfs binnen het aansprakelijkheidsrecht, te ongelijksoortig. Meer succes door minder ambitie is hier het devies. Het is wellicht mogelijk aan de rechtspraak gezichtspunten te ontnemen die vatbaar zijn voor een – voorzichtige – veralgemening.

COINCIDENTIA OPPOSITORUM. SAMENLOOP ALS LEEMTE

Op het eerste gezicht lijken leemte en samenloop elkaars tegendeelen: het *ontbreken* van een regel tegenover de aanwezigheid van *twee* regels die tegelijk hun diensten aanbieden. Toch sluiten leemte en samenloop elkaar niet uit. Sterker: vaak zal de neiging een beroep te doen op de samenlopende regel zijn ingegeven door de omstandigheid dat zijn concurrent verstek laat gaan. Regels dragen veelal een open, onvoltooid karakter. Aanvulling van buitenaf is dan niet alleen mogelijk, maar ook noodzakelijk. Als het de rechter vrijstaat leemten te vullen door een beroep te doen op regels geschreven voor *andere*, zij het vergelijkbare, gevallen (analogie), dan heeft hij a fortiori de bevoegdheid om gaten in de ene regeling te

dichten met behulp van materiaal ontleend aan een andere regel die op *hetzelfde* geval van toepassing is.

Nu zijn er leemten in maten en soorten. Niet elke leemte is even lacuneus. Soms is sprake van het geheel ontbreken van een regel. In de titel over hulp en berging zoekt men tevergeefs naar een bepaling over de aansprakelijkheid voor schade toegebracht aan het hulpverlenend schip.⁴⁷

Hiernaast ligt de situatie dat wel sprake is van een regel, maar van één die een zeer globaal karakter draagt. Toepassen van een regel is hem concretiseren. Hij moet worden toegesneden op de rechtsvraag in geding. Ook in die – concretiserende – zin is sprake van aanvulling van rechtsregels. Het ligt voor de hand hierbij gebruik te maken van belerende regels die dezelfde rechtsvraag onder een ander aspect belichten, althans voor zover deze regels een norm van scherper snit bevatten. In welke omvang krijgt de eigenaar van het hulpverlenend schip eventueel zijn schade vergoed? Naast casco-schade ook gedeelde winst? De aanvaringsregels kennen wel een norm ten aanzien van de omvang van de schadevergoeding, maar deze is globaal en duister.⁴⁸ Het contractenrecht levert een criterium met een aanmerkelijk scherper profiel: indien de ene partij de uitvoering van de overeenkomst onmogelijk maakt moet de ander in financieel opzicht worden gebracht in de situatie waarin hij zou verkeren als de overeenkomst behoorlijk was nagekomen (vergoeding van positief contractsbelang).

Tenslotte een merkwaardig geval van lacuneus recht. Twee bepalingen, beide even concreet, sluiten elkaar uit. Hetzelfde vorderingsrecht verjaart volgens de ene bepaling na één, volgens de andere bepaling na verloop van twee jaren. Overdaad schaadt, ook in het recht. Wie tweemaal hetzelfde regelt, en dat in tegenstrijdige zin, regelt in wezen niets.

Drie typen van samenloopproblemen: het ontbreken van een norm in één van beide regelingen, vervolgens de omstandigheid dat de toepasselijke norm in de ene regeling aanmerkelijk concreter is dan in de andere, en tenslotte de aanwezigheid van twee, elkaar uitsluitende, even specifieke criteria. De overgangen tussen de drie ru-

47 Zie Cleveringa 1961, blz 881. Zie voor het NBW art 8:627 lid 2 en 8:629 lid 4.

48 Zie Cleveringa 1961, blz 792 e v.

brieken zijn niet scherp gebakend, maar dat ligt in de aard van het beest, het betreft hier een typologie, niet een ladenkast. Toch heeft rubricering goede zin. Ieder type vergt zijn eigen aanpak.

SLECHTS EEN VAN BEIDE RECHTSGRONDEN BEVAT EEN NORM VOOR DE ONDERHAVIGE RECHTSVRAAG

In het eerste geval lijkt het recept eenvoudig. Wanneer slechts één van beide regelingen een norm bevat voor de onderhavige rechtsvraag, passe men deze norm zonder omhaal toe. Als de contractuele regeling ons in de steek laat, wordt de aansprakelijkheid voor de toegebrachte schade beheerst door de delictuele norm. Soms valt er inderdaad niet méér te zeggen. Bij een aanvaring tussen twee pleziervaartuigen zijn de normale aanvaringsregels zonder nadere kwalificering van toepassing, ook wanneer blijkt dat de eigenaren vennoten zijn van dezelfde maatschap. Maar niet steeds ligt de zaak zo eenvoudig, met name niet wanneer de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvond bij gelegenheid van de *uitvoering* van een overeenkomst. Ook al ontbreekt in de regeling van de overeenkomst van hulp en berging een expliciete bepaling ten aanzien van schade aan het hulpverlenende schip, dit wil, zoals we zagen, volstrekt niet zeggen dat de rol van de contractuele regeling daarmee is uitgespeeld, zelfs niet met betrekking tot het punt waarop die contractuele regeling een leemte vertoont. Het aleatoire karakter van de overeenkomst van hulp en berging (no cure no pay) rechtvaardigt een ruime mate van eigen risico voor de hulpverlener en dit moet wel leiden, niet tot uitsluiting, maar tot een *gekwalificeerde* toepassing van de aanvaringsregels. Aansprakelijkheid slechts bij verwijtbaar gedrag van de opvarenden van het in nood verkerende schip.

De som van een en ander is deze: ten aanzien van het eerste type van samenloop verloopt de coordinatie van rechtsgronden langs de volgende lijnen. Bij ontbreken van een toepasselijke norm in de ene regeling, moet de norm uit de andere rechtsgrond worden gehanteerd. Echter, niet zonder meer. Vaak ondergaat de toegepaste norm een kwalitatieve omslag: schuld wordt risico, risico wordt schuld.

Heesters, in dienst bij Schenkelaars C.V., raakt tijdens zijn werkzaamheden bekneld in een persinstallatie en verliest zijn rechteronderarm. Het ongeval is te wijten aan een defecte bladveer in de pers.

Hoe verhouden zich de beide wegen naar vergoeding door Schenkelaars van de door Heesters geleden schade, de contractuele (art. 1638 x; de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de arbeider) en de delictuele (art. 1401 j° 1403, aansprakelijkheid voor zaken)? Is sprake van exclusiviteit (de contractuele weg sluit een beroep op art. 1401 j° 1403 uit)⁴⁹ of wellicht van alternativiteit (de werknemer kan kiezen)? Wat zijn tenslotte de perspectieven van de derde weg: één vorderingsrecht dat op dubbele wijze in het recht is verankerd, contractueel en buitencontractueel?

Ten aanzien van de laatste vraag is het interessant deze casus die heeft geleid tot een belangrijk arrest van de Hoge Raad⁵⁰ opnieuw aan een oordeel te onderwerpen, thans aan de hand van het NBW. Dit hangt samen met de omstandigheid dat aldaar de buitencontractuele weg voor de werknemer, in vergelijking met het huidige recht, veel aantrekkelijker is geworden. Terwijl in het bestaande stelsel de aansprakelijkheid voor zaken is gebaseerd op het schuldbeginsel, wordt in het NBW een risico-aansprakelijkheid geïntroduceerd, althans voor zaken die, indien 'gebrekkig', een bijzonder gevaar opleveren.

'De bezitter van een zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen en zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk .. (art. 6.3.2.5).'

De contractuele aansprakelijkheid van de werkgever blijft in het NBW gebaseerd op het schuldbeginsel, zij het met een omkering van de bewijslast.

'De werkgever is jegens de arbeider aansprakelijk voor alle schade die deze ten gevolge van zijn werkzaamheden aan zijn persoon of goed lijdt. De

49 Zie Arbeidsovereenkomst, BW, art. 1638x, aant. 4

50 HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81

werkgever is echter niet aansprakelijk indien hij aantoont dat de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vergen toezicht is gehouden om de schade te voorkomen, of hij aantoont dat de schade in belangrijke mate mede aan opzet of bewuste roekeloosheid van de arbeider te wijten is' (art. 7.10.4 2 lid 2).

De buitencontractuele route leidt zonder omwegen naar aansprakelijkheid van de werkgever. Schenkelaars voldoet als bezitter van een defecte persinstallatie zeker aan de criteria van art. 6.3.2.5 en is daarmee aansprakelijk zonder mogelijkheid van disculpatie, bijvoorbeeld via de stelling dat de deugdelijkheid van de pers nog zeer onlangs was gecontroleerd. Bij een geïsoleerde toepassing van de contractuele rechtsgrond zou een dergelijk bewijs wél kunnen leiden tot het vervallen van de aansprakelijkheid.

Schuld of risico als grondslag voor de toerekening van de schade geleden door een werknemer en veroorzaakt door de ondeugdelijke persinstallatie van zijn werkgever? 'Het ligt in de lijn der verwachtingen, dat de werkgever voor zodanige ongevallen aansprakelijk kan worden gesteld, ook als hem terzake van deze defecten niet een verwijt kan worden gemaakt', aldus Stein.⁵¹ Dit standpunt lijkt alleszins redelijk, immers een andere visie⁵² zou er toe leiden dat in dit opzicht de arbeider er slechter aan toe is dan een willekeurige derde (bijvoorbeeld een leverancier die gewond raakt door een exploderende persinstallatie).

Maar hoe valt dit resultaat te verantwoorden, met name wanneer men van mening is dat de werknemer één vorderingsrecht heeft dat op twee grondslagen berust, en het er op aankomt de beide rechtsgronden te coördineren? Op dit punt raken we betrokken in het debat over de macht van een woord dat gedurende eeuwen de steen der wijzen leek op het gebied van de samenloop, maar dat in de laatste tijd sterk in aanzien is gedaald: *lex specialis derogat generali*. Ter illustratie van de steile koersval van het adagium twee citaten van schrijvers die zich diepgaand met problemen van samenloop hebben bezig gehouden.

51 Noot onder HR 16 februari 1979, NJ 1979, 453

52 Zie voor deze andere visie Snijders 1973, blz 470

‘Het adagium *lex specialis derogat generali* is een van de belangrijkste hulpmiddelen, zo niet het belangrijkste, bij de oplossing van het vraagstuk van de samenloop van wetsbepalingen’, (Kamphuisen, RM Themis 1942, blz. 344).

‘De slagzin *lex specialis derogat legi generali* speelt bij de samenloop van wetsnormen geen rol van betekenis’ (Boukema, proefschrift 1966, blz. 35).

Wie het laatst schrijft, schrijft het best? Lang niet steeds, maar hier wel.

In de eerste plaats wordt de verhouding *specialis/generalis* doorgaans in een zeer beperkte – logische – zin gedefinieerd, namelijk:

‘zo, dat de *lex specialis* alle elementen van de *lex generalis* bevat en daarenboven nog een of meer andere elementen’.⁵³

Aldus opgevat, is van een dergelijke relatie niet vaak sprake, met name niet tussen art. 7.10.4.2 en art. 6.3.2.5. De eerste bepaling bevat als ‘element’ de verhouding werkgever – arbeider dat in de tweede ontbreekt. Art. 6.3.2.5 draait daarentegen om het element ‘gebrekkige zaak’ dat men tevergeefs zoekt in art. 7.10.4.2. In deze gevallen staat het adagium reeds *ex definitione* buiten spel.

Maar zelfs wanneer wel sprake is van een verhouding *specialis/generalis* zoals tussen art. 1377 (*Pauliana*) en art. 1401 is de spreuk een volstrekt onbetrouwbaar kompas, hetgeen blijkt uit het Erbarrest.⁵⁴ In deze uitspraak bepaalde de Hoge Raad dat art. 1377 in het geheel niet derogeert aan art. 1401.

Toch bevat het adagium een waardevolle kern. Tenminste wanneer men het niet opvat in de gangbare ‘logische’ zin (*lex generalis*: indien $a + b$ dan q ; *lex specialis*: indien $a + b + c$ dan r). Dat in het recht het algemene in beginsel moet wijken voor het concrete is een belangrijk inzicht⁵⁵, en dit is niet zozeer een kwestie van logica als wel een uitvloeisel van de aard van het rechtsbedrijf. Een rechtsregel toepassen wil zeggen hem concretiseren, toesnijden op de feiten. Bij

53. Kamphuisen 1942, blz. 326.

54. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514.

55. Bij de bron luidt het adagium dan ook niet ‘*lex specialis derogat generali*’ maar eenvoudig ‘*in toto iure generi per speciem derogatur*’ (D. 50, 17, 80 Papi-
nianus). Zijn huidige formulering heeft het eerst in de zestiende eeuw gekregen.
Zie Kamphuisen 1942, blz. 315.

de coordinatie van twee rechtsregels brengt dit mee dat het meest concrete gezichtspunt, het criterium dat het scherpst is toegesneden op de onderhavige feiten in beginsel de voorkeur heeft. Heesters raakt tijdens zijn werkzaamheden bekneld in een defecte persinstallatie. Op welke grondslag berust de aansprakelijkheid van de werkgever, schuld of risico? Thans wordt duidelijk waarom de risico-norm uit art. 6.3.2.5 voorrang verdient boven het schuld-criterium uit art. 7.10.4.2. Het eerste artikel bevat een gezichtspunt met een aanmerkelijk scherper snit (aansprakelijkheid voor zaken, die, indien gebrekkig, een bijzonder gevaar opleveren) dan de globale norm van art. 7.10.4.2 (de zorg van de werkgever dat de arbeider ten gevolge van zijn werkzaamheden geen schade lijdt).⁵⁶

Bij de coordinatie van rechtsgronden verdient het concrete de voorkeur boven het algemene. Een belangrijke vuistregel, maar niet meer dan dat, hetgeen betekent dat hij niet door dik en dun kan worden doorgezet. De rechtsgrond die de algemene norm bevat, kan niet zonder meer buiten spel worden geplaatst, en blijft soms invloed uitoefenen op de grondslag voor toerekening: schuld of risico. Een voorbeeld:

A leent zijn elektrische klopper aan B. Door een nog niet eerder geopenbaard defect weet de boor, eenmaal ingeschakeld, van geen ophouden. Een en ander leidt tot ernstige beschadiging van het nieuwe pleisterwerk van huize B.

Is A naar het NBW aansprakelijk voor de schade? Twee wegen bieden zich aan: de contractuele (de bruikleenovereenkomst; artt. 7.6.1 e.v.) en de buitencontractuele (aansprakelijkheid voor 'gebreekkige' zaken; art. 6.3.2.5). Tot welk resultaat voert de coordinatie van beide rechtsgronden? Vooraf dient opgemerkt dat art. 7.6.10 de casus niet beslist. Weliswaar wordt daar bepaald dat 'de uitlener voor gebreken van de zaak alleen aansprakelijk is, wanneer hij deze niet heeft opgegeven ofschoon zij hem bekend waren', maar blijkens de Toelichting sluit dit niet uit dat via de werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6.5.3.1) de uitlener ook aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door gebreken die zich nog niet hadden

⁵⁶ Deze bepaling omvat ook gevallen die niet onder art. 6.3.2.5 zijn begrepen, bijvoorbeeld de situatie dat de arbeider als gevolg van onvoldoende instructie schade lijdt door een ongeval met een volstrekt deugdelijke machine.

geopenbaard. Bijvoorbeeld wanneer de uitlener wist dat klopboren van dit type niet zelden dergelijke defecten vertoonden, hoewel zijn exemplaar tot op het moment van uitlening behoorlijk had gefunctioneerd.⁵⁷ Maar ook via de werking van redelijkheid en billijkheid blijft aansprakelijkheid van de uitlener gebaseerd op een verwijt dat hem kan worden gemaakt.

Een confrontatie tussen een bij uitstek vage norm in de contractuele rechtsgrond (redelijkheid en billijkheid) en een concreet aanknopingspunt in de buitencontractuele regeling (een zaak die, indien gebrekkig, een bijzonder gevaar oplevert). Toch mag dit niet leiden tot een automatische toepassing van de laatste regel met zijn risico-maatstaf. Het feit dat het hier gaat om een *gemengde* aansprakelijkheid (contractueel *en* buitencontractueel) houdt in dat bij de toerekening van de schade de aard van de gesloten overeenkomst blijft meespreken. En waar hier sprake is van een bruikleenovereenkomst, een belangloze dienstverlening, is het alleszins redelijk dat de uitlener slechts aansprakelijk is wanneer hem verwijt treft.

Conclusie de oude wijsheid ‘generi per speciem derogatur’, ont-daan van haar latere ‘legistische’ ornamenten, blijft een belangrijk principe: bij de coordinatie van rechtsgronden wijke het algemene voor het concrete. Maar niet voetstoots. Het blijft een gemengde aansprakelijkheid en de beginselen die ten grondslag liggen aan de ene rechtsgrond kunnen heel wel een beslissende wending geven aan de toerekening op basis van een maatstaf ontleend aan de andere rechtsgrond.

TWEE BEPALINGEN, BEIDE EVFN CONCREET, SLUITEN ELKAAR UIT

‘Door tijdsverloop van een jaar verjaart alle rechtsvordering(...) uit eene sleepovereenkomst’ (art. 952 W.v.K.). ‘Door tijdsverloop van twee jaren verjaart alle rechtsvordering(..) tot vergoeding van schade toegebracht door aanvaring’ (art. 953 W.v.K.). Twee bepalingen, beide even concreet, sluiten elkaar uit. Wat nu, ‘indien iemand op grond van zekere feiten zowel ter zake van aanvaring als uit hoofde van een door hem gesloten sleepovereenkomst aanspra-

57 Memorie van Toelichting, boek 7, blz 983

kelijk kan worden gesteld? Het antwoord van de Hoge Raad is bekend: 'de wederpartij mag kiezen op welke van beide aansprakelijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen.' Dit betekent dat de eiser die de termijn voor een vordering uit sleepovereenkomst heeft laten voorbijgaan, vervolgens een beroep kan doen op de regels ter zake van aanvaring. De uitspraak van de Hoge Raad is zeer omstre- den. En waar een vaste lijn het meest geboden is, is zij het verst te zoeken. Samenlopende verjarings- en vervaltermijnen, juist gege- ven in het belang van de rechtszekerheid, vormen de bron van een wel zeer wispelturige rechtspraak.⁵⁸

De beslissing van de Hoge Raad past in het alternatieve stelsel. Bij samenloop van sleepovereenkomst en aanvaring is sprake van twee vorderingsrechten, ter keuze van de eiser, die een geheel zelfstandig bestaan leiden en onafhankelijk van elkaar verjaren. De visie dat slechts één vorderingsrecht aanwezig is, zij het gedragen door twee rechtsgronden, dwingt tot een keuze van rechtswege voor één van beide verjaringstermijnen. Coördinatie van rechtsgronden kan hier niet anders betekenen dan dat voor één van beide termijnen geko- zen wordt. Maar hoe? Steeds de langste termijn op grond van de overweging dat dit voor de eiser het gunstigst is?⁵⁹ Of, integendeel, juist de kortste termijn omdat dit een snelle afwikkeling van zaken bevordert⁶⁰? Of als derde mogelijkheid, de termijn die opgenomen is in de contractuele regeling met uitsluiting van de buitencontractue- le bepaling?

Het laatste uitgangspunt verdient de voorkeur. Wanneer twee even concrete bepalingen, de een van contractuele, de ander van buitencontractuele aard, zodanig uiteenlopen dat zij niet verenig- baar zijn, dient voorrang te worden verleend aan de contractuele bepaling. Dit geldt niet alleen ten aanzien van divergerende verja- ringstermijnen, doch ook met betrekking tot bepalingen die de aan- sprakelijkheid, even concreet, maar uiteenlopend, beperken. De voorrang van de contractuele norm in deze situaties houdt verband met het beginsel dat het algemene moet wijken voor het concrete. Deze gedachte mag echter ook hier niet worden opgevat – more lo- gico – als het (ondeugdelijke) voorschrift dat een bepaling met de elementen a + b wordt uitgesloten door een bepaling met de ele-

58. Zie de uitspraken verzameld in *Onrechtmatige Daad III* (Herrmann) no. 20.

59. Zo Georgiades 1968, blz. 184.

60. Zie Larenz 1981, blz. 692.

menten a + b + c. Het is immers zeer de vraag of tussen de niet-nakoming van overeenkomsten en een onrechtmatige daad in die logische zin van een specialiteitsverhouding kan worden gesproken.⁶¹ Uiteraard wordt de voorrang van de contractuele verjaringstermijn evenmin gerechtvaardigd door het denkbeeld dat een termijn van één jaar concreter zou zijn dan een van twee of van dertig jaren. Wel verdient de contractuele bepaling de voorkeur omdat zij een onderdeel vormt van een regeling waarin de wederzijdse belangen van eiser en gedaagde op een concreter niveau tegen elkaar zijn afgewogen dan in de buitencontractuele regeling. Bepalingen omtrent vestiging, omvang en duur van de aansprakelijkheid zijn resultaat van een belangenafweging. Heel duidelijk is dit het geval ten aanzien van het contractenrecht waar het punt waarop de verdeling van de aansprakelijkheid in evenwicht is, heel sterk afhankelijk is van de bijzondere aard en het quid pro quo van juist dit contractstype. Maar ook de delictuele aansprakelijkheid vormt het resultaat van een belangenafweging. Art. 1401 houdt het midden tussen enerzijds volledige honorering van de belangen van de dader door de schade steeds te laten liggen waar zij ligt en anderzijds een onverkorte bescherming van de benadeelde door de schade altijd af te wentelen op de veroorzaker van de schade, ongeacht of deze verwijt treft. De beperking van omvang en duur van de aansprakelijkheid vormt een onderdeel van deze belangenafweging. Zo zijn de korte verjaringstermijnen ten aanzien van de bijzondere overeenkomsten geregeld in het Wetboek van Koophandel resultaat van de volgende gezichtspunten. Enerzijds beogen zij een snelle afwikkeling van de commerciële relaties die eiser en gedaagde zijn aangegaan. Partijen moeten zo spoedig mogelijk weten waar zij aan toe zijn. Anderzijds moet de potentiële eiser voldoende tijd worden gegund om zijn kansen te peilen ten aanzien van een door hem te voeren proces (correspondentie met mogelijke getuigen, eventueel een voorlopig getuigenverhoor).⁶²

Het spreekt wel vanzelf dat in de afweging die ten grondslag ligt aan de *contractuele* verjaringstermijn de wederzijdse belangen van eiser en gedaagde het meest concreet, en vandaar evenwichtig, zijn

61 Zie Brunner 1979, blz 27

62 Wellicht is de eenjarige termijn voor vorderingen uit sleepovereenkomst in dit opzicht te kort. Zie Hijmans van den Bergh, noot onder HR 6 maart 1959, NJ 1959, 349

verdisconteerd. Dit is zeker het geval in vergelijking met de algemene termijn voor bevrijdende verjaring van dertig jaren, maar ook – zij het in mindere mate – vergeleken met de termijn voor verjaring opgenomen in de bepalingen omtrent aanvaring, een regeling opgesteld zonder rekening te houden met de omstandigheid dat tussen *deze* eiser en gedaagde een sleepovereenkomst was gesloten.

Eén vorderingsrecht dat wordt gedragen door zowel een contractuele als een buitencontractuele rechtsgrond; wanneer beide rechtsgronden twee even concrete, maar elkaar uitsluitende bepalingen bevatten, moet, als (vuist-)regel, voorrang worden verleend aan de contractuele bepaling. Dit niet zozeer omdat partijen dat zouden hebben gewild, als wel omdat een redelijke coordinatie van de beide rechtsgronden dit vergt. De redelijkheid hiervan vloeit voort uit de omstandigheid dat de contractuele bepaling onderdeel vormt van een regeling die in vergelijking met het confectie-karakter van de buitencontractuele regels kan worden aangemerkt als maatwerk.

ANDERS EN EENDER

De werkelijkheid is anders en eender; in de gang der eeuwen heeft dit thema ons niet losgelaten. Bij Horatius is het de Zegenbrengende Zon, die steeds wordt herboren ‘*alius et idem*’⁶³, in de moderne wijsbegeerte de planeet Venus die, al naar gelang het uur van de dag, verschijnt als morgenster of avondster. Is de morgenster de avondster? Deze vraag heeft geleid tot scherper zicht op het verschil tussen het object waarnaar wordt verwezen (Bedeutung) en de wijze waarop dat object is ‘gegeven’ (Sinn).⁶⁴

Is bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad sprake van twee vorderingsrechten of slechts van één? Dit raadsel kon op verwante manier worden opgelost. Eén object (schadevergoeding) dat op twee wijzen is ‘gegeven’ (contractueel en delictueel). Hiermee is overigens het thema ‘anders en eender’, ook in het recht, lang

63 Horatius, *Carmen seculare*, 10

64 ‘Es liegt nun nahe, mit einem Zeichen (Namen, Wortverbindung, Schriftzeichen) ausser dem Bezeichneten, was die Bedeutung des Zeichens heissen moege, noch das verbunden zu denken, was ich den Sinn des Zeichens nennen mochte, worin die Art des Gegebenseins enthalten ist () Es wurde die Bedeutung von ‘Abendstern’ und ‘Morgenstern’ dieselbe sein, aber nicht der Sinn’, Frege 1892 (1980), blz 41

niet uitgeklonken. De *eenheid* van het recht mag niet worden bereikt via de methode Procrustes, door alle verschijnselen, rijp en groen, over één leest te slaan. Het eerste gebod van het recht luidt niet ‘maak alles gelijk’, maar ‘het gelijke gelijk’ *en*, vaak onuitgesproken maar niet minder belangrijk, ‘het ongelijke, ongelijk’. Dit laatste vergt schakering. Het recht wordt anders, anders voor consumenten dan voor producenten, anders voor automobilisten dan voor voetgangers. Deze schakering kan op twee manieren worden bereikt. In de eerste plaats door een drastische vermenigvuldiging van het aantal regels, regels voor consumenten en voetgangers, andere regels voor producenten en automobilisten. In de tweede plaats kan schakering worden bereikt door de ontwikkeling van rechtsregels met een zeer globale en daardoor buigzame structuur: een overeenkomst heeft de rechtsgevolgen die uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (art. 6.5.3.1), een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt is een onrechtmatige daad (art. 6.3.1.1).

In beide gevallen dreigen problemen van samenloop. De explosieve stijging van het aantal rechtsregels verhoogt de kans op botsingen tussen die regels. Een tweede moeilijkheid wordt gevormd door het globale karakter van veel rechtsregels, zij vloeien vaak rimpelloos in elkaar over.

Aan de wortel van alle problemen van samenloop ligt de vraag: hoe eenheid te stichten in de noodzakelijke veelvormigheid van het moderne recht? In ieder geval niet door ‘eenheid’ op te vatten als enkelvoudigheid. De gangbare benaderingen van het samenloopprobleem verraden de hand van Procrustes. Het exclusieve stelsel door bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad bij voorbaat en van rechtswege de delictuele regels af te kappen. Het alternatieve stelsel door de amputatie van een van beide aansprakelijkheden over te laten aan de keuze van de eiser. Wordt daarentegen de eenheid van het recht niet opgevat als enkelvoudigheid, maar als innerlijke samenhang dan verschuift het perspectief en wordt het zaak de uiteenlopende rechtsregels te coördineren.

- Boukema 1966 C.A. Boukema, *Civielrechtelijke Samenloop*, Zwolle 1966.
- Brunner 1979 C.J.H. Brunner, *Beginselen van Samenloop*, Alphen aan den Rijn 1979.
- Cleveringa 1961 R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, Zwolle 1961.
- Drion 1960 J. Drion, *Handelingen der Nederlandse Juristen-vereniging 1960 II*.
- Frege 1892 (1980) G. Frege. *Ueber Sinn und Bedeutung 1892*, opgenomen in G. Frege, *Funktion, Begriff, Bedeutung*, Göttingen 1980.
- Georgiades 1968 A. Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München 1968.
- James 1907 W. James, *Pragmatism and the Meaning of Truth*, 1907 (1978 Cambridge, Massachusetts).
- Kamphuisen 1942 P.W. Kamphuisen. *De adagia Lex specialis derogat generali en Exceptio est strictissimae interpretationis in ons huidige civiele recht*, R.M. Themis 1942, blz. 309-356.
- Köster 1960 H.K. Köster, *Handelingen der Nederlandse Juristen-vereniging 1960 II*.
- Köster 1963 H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid*, Zwolle 1963.
- Larenz 1981 K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2, Besonderer Teil*, München 1981.
- Pels Rijcken 1980 L.D. Pels Rijcken, *Samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1980, blz. 1101-1132.

- Savigny 1840 F.C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840.
- Van Schendel 1982 W.A.M. van Schendel, Vertegenwoordiging in Privaatrecht en Bestuursrecht, Deventer 1982.
- Schoordijk 1964 H.C.F. Schoordijk, De toepasselijkheid van buitencontractuele diligentie-normen in contractuele verhoudingen, WPNR 4810-4812.
- Schoordijk 1979 H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979.
- Snijders 1973 W. Snijders, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W., Speculum Langemijer, Zwolle 1973, blz. 453-471.
- Vriesendorp 1970 J.J. Vriesendorp, Ambsthalfve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding, Zwolle 1970.

Samenloop