



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Honderd jaar Lindenbaum/Cohen; een bron van gerechtigdheid, maar ook een bron van dogmatische verwarring

Es, P.C. van

### Citation

Es, P. C. van. (2019). Honderd jaar Lindenbaum/Cohen; een bron van gerechtigdheid, maar ook een bron van dogmatische verwarring. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2019(7223), 41-43. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3198921>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3198921>

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

## Honderd jaar Lindenbaum/Cohen; een bron van gerechtigheid, maar ook een bron van dogmatische verwarring\*

Op 31 januari 2019 zal juridisch Nederland stilstaan bij het feit dat het honderd jaar geleden is dat de Hoge Raad het baanbrekende arrest Lindenbaum/Cohen wees.<sup>1</sup> Veelvuldig zal de beroemde opmerking van annotator Molengraaff geciteerd worden dat er door ‘ons hoogste rechtscollege zelden een arrest geweest [is], waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht’. Terecht. De ‘Zutphense juffrouw’<sup>2</sup> die na het springen van een waterleiding weigert de zich op haar verdieping bevindende hoofdkraan dicht te draaien (met als gevolg dat de leervoorraad in het pakhuis van haar onderbuurman Nijhof door waterschade als verloren moet worden beschouwd), gaat sinds het wijzen van dit arrest in civielrechtelijke zin niet meer vrijuit.

Ook het *WPNR* liet zich in 1919 natuurlijk niet onbetuigd. In de editie van 15 februari werd het arrest al gepubliceerd in de rubriek *Rechtspraak*, met een onderschrift van E.M. Meijers. Hij schrijft hier de volgende legendarische woorden die een extra lading krijgen als men bedenkt dat zij afkomstig zijn van de latere ontwerper van het Nieuw Burgerlijk Wetboek:

‘Het is een beslissing, die in belangrijkheid tegen de invoering van een geheel nieuw boek in het Burgerlijk Wetboek opweegt.’<sup>3</sup>

Paul Scholten besteedde in het *WPNR* van 1919 eveneens aandacht aan het arrest en zijn verwachting is ten volle bewaarheid:

‘Ongetwijfeld zal het arrest voor de rechtsontwikkeling van groot belang zijn. De beteekenis van ’s rechters taak is er door verhoogd. Aan hem zal het staan ook deze blanco-bepaling weder inhoud te geven, het geoorloofde en niet-geoorloofde af te bakenen, een nieuw schadevergoedingsrecht op te bouwen.’<sup>4</sup>

In deze bijdrage wil ik echter aandacht vragen voor een ander – onderbelicht – aspect van het arrest. Het betreft het feit dat het arrest het karakter van art. 1401 BW (oud) en zijn opvolger, art. 6:162 BW, wezenlijk heeft veranderd. Dit heeft geleid tot verwarring over de grondslag van een verbods- of bevelsvordering. Illustratief is het volgende citaat van Van Nispen uit 1978:

‘In het stelsel van het Ontwerp-B.W. ligt de preventieve rechtsbescherming tegen onrecht-

matige daden niet langer opgesloten in het equivalent van art. 1401 B.W. (art. 6.3.1.1. lid 1 [het huidige art. 6:162 lid 1 BW]) maar vindt zij haar grondslag in artikel 3.11.1. lid 1 [het huidige art. 3:296 lid 1 BW].’<sup>5</sup>

Ook in Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 118 vindt men de gedachte dat de bevoegdheid om de rechter te vragen te verbieden dat de gedaagde zich in de toekomst schuldig zal maken aan een bepaalde onrechtmatige daad, in het oude recht gebaseerd was op art. 1401 BW (oud). Deze gedachte lijkt mij – in ieder geval gedeeltelijk – onjuist en de bron van de verwarring moet mijns inziens gezocht worden in het Lindenbaum/Cohen-arrest. Het arrest heeft ons namelijk het zicht ontnomen op het feit dat het recht met betrekking tot de onrechtmatige daad niet tot het exclusieve terrein van art. 1401 BW (oud) – en thans art. 6:162 BW – behoort. Sinds het wijzen van het arrest kennen wij drie onrechtmatigheidscategorieën: (a) inbreuk op een recht, (b) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en (c) een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt.

\* Een aantal van de in deze bijdrage verwoorde gedachten vindt men ook terug in het artikel van E.F. Verheul in *WPNR* 2018/7215. De voorliggende bijdrage was echter al voor het verschijnen van dat artikel goedgekeurd door de redactie. De latere verschijningsdatum houdt verband met het tijdstip van het honderdjarig jubileum van het Lindenbaum/Cohen-arrest.

1 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161.

2 Zie HR 10 juni 1910, *W.* 9038.

3 *WPNR* 1919/2564, p. 66.

4 *WPNR* 1919/2568, p. 107.

5 C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 51.

De laatste categorie (te danken aan het Lindenbaum/Cohen-arrest) heeft een wezenlijk ander karakter dan de eerste twee. Bij categorie (a) en (b) is het handelen (of nalaten) niet onrechtmatig omdat art. 6:162 BW het als onrechtmatig bestempelt, maar omdat de onderliggende geschreven norm of het onderliggende subjectieve recht wordt geschonden. In mijn proefschrift verwoordde ik het aldus:

‘De rechtsplicht om een wettelijke norm te eerbiedigen vloeit niet voort uit art. 6:162 BW, maar uit de betreffende wettelijke norm zelf. Iets soortgelijks geldt voor de eerste onrechtmatigheidscategorie van art. 6:162 lid 2 BW. De norm die een inbreuk op een subjectief recht verbiedt, moet niet gezocht worden in art. 6:162 BW, maar in de inhoud van het subjectieve recht zelf.’<sup>6</sup>

Art. 6:162 BW regelt in de gevallen als bedoeld in categorie (a) en (b) slechts één aspect van de onrechtmatige daad, te weten de vergoeding van de als gevolg van de onrechtmatige daad geleden schade. Een eventuele verbodsvordering is niet gebaseerd op art. 6:162 BW (of art. 1401 BW (oud)), maar rechtstreeks op de onderliggende norm of het onderliggende subjectieve recht. Met betrekking tot de aan het arrest Lindenbaum/Cohen ontleende onrechtmatigheidscategorie liggen de zaken geheel anders. Wanneer wordt gehandeld in strijd met een *ongeschreven* betamelijkheidsnorm, dan is de enige bepaling van *geschreven* recht die dit gedrag ongeoorloofd verklaart te vinden in art. 6:162 BW.

Art. 1401 BW (oud) is door het arrest van gedaante veranderd. Van een artikel dat slechts de *gevolgen* van een onrechtmatige daad regelde (schadevergoeding), is het geworden tot een artikel waarin ook de materiële regel gelezen moet worden dat ongeoorloofd is, ‘een handelen of nalaten, dat (...) indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed’. In het kielzog hiervan heeft ook art. 6:162 BW hetzelfde hybride karakter gekregen. Wanneer er sprake is van een dreigend handelen of nalaten in strijd met een ongeschreven betamelijkheidsnorm, dan moet een verbods- of bevelsvordering op art. 6:162 BW gebaseerd worden omdat dit artikel de materiële regel geeft die dit handelen of nalaten verbiedt. Bij de overige onrechtmatigheidscategorieën moet die materiële regel altijd elders worden gevonden.

De volgende overweging uit HR 18 augustus 1944, NJ 1945/598 heeft mogelijk ook bijgedragen aan de verwarring:

‘...daar de bescherming, die dit artikel [art. 1401 BW (oud)] geeft, niet is uitgeput met de daarin met zooveel woorden gegeven aanspraak op schadevergoeding na begaan onrecht, doch zich ook uitstrekt tot maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden;’

Het ging in deze zaak om de dreigende stopzetting van de stroomlevering door de provincie Noord-Holland aan de gemeente Alkmaar. Het zoeken van de grondslag van de verbodsvordering in art. 1401 BW was in deze zaak begrijpelijk omdat de gestelde onrechtmatige daad gebaseerd was op ‘een handeling in strijd met een publiekrechtelijke plicht, met wettelijke voorschriften en met bepalingen der bovenvermelde concessievoorwaarden, *althans in strijd met de haar ten opzichte van derden betamende zorgvuldigheid* [curs. toegevoegd]’.

In het hierboven staande citaat van Van Nispen wordt niet alleen vermeld dat de verbodsvordering onder het oude recht gebaseerd was op art. 1401 BW (oud) – hetgeen mijns inziens gedeeltelijk onjuist is – maar ook dat de rol van art. 1401 BW (oud) onder het huidige recht is overgenomen door art. 3:296 lid 1 BW. Hierbij passen twee kanttekeningen. In de eerste plaats is een verbodsvordering naar huidig recht nooit alleen gebaseerd op art. 3:296 lid 1 BW. De vordering is altijd gegrond op dit artikel in verbinding met het artikel waarin het subjectieve recht dat beschermd moet worden, is geregeld. Dat kán art. 6:162 BW zijn (bij een dreigende schending van een ongeschreven betamelijkheidsnorm), maar het kan ook om bijvoorbeeld art. 5:1 lid 2 BW gaan (bij een dreigende inbreuk op het eigendomsrecht).

6. PC. van Es, *De actio negatoria* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 194.

De tweede kanttekening betreft het feit dat de in art. 3:296 lid 1 BW neergelegde regel ook onder het oude recht al geldend recht was. Zie bijvoorbeeld A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 16 maart 1951, *NJ* 1951/318 met betrekking tot een inbreuk op het merkrecht:

‘Mij dunkt: wanneer het tot de inhoud van een subjectief privaatrecht behoort, dat de gerechtigde bij uitsluiting bepaalde dingen zal mogen doen of gevrijwaard zal zijn tegen bepaalde gedragingen van anderen, dan ligt het in de aard der zaak, dat hij een rechterlijk verbod kan uitlokken tegen degene die datgene doet of dreigt te doen, wat alleen aan de gerechtigde vrijstaat of waartegen diens recht hem vrijwaart.’<sup>7</sup>

In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153 wordt een en ander op zichzelf juist verwoord:

‘Voorts kan men aan de rechter vragen te *verbieden dat de gedaagde zich in de toekomst aan een bepaalde onrechtmatige daad schuldig zal maken*. Deze bevoegdheid vloeit voort uit art. 3:296 BW (in combinatie met de regel waarop het materiële recht van de eiser berust, bijv. art. 6:162 BW), welke bepaling niet alleen op verbintenissen maar ook op andere rechtsplichten van toepassing is.’

Met deze bijdrage hoop ik een nadere duiding te hebben kunnen geven aan de in dit citaat vermelde zinsnede ‘bijv. art. 6:162 BW’. Achter deze paar woorden gaat een wereld schuil die slechts begrepen kan worden tegen de achtergrond van het jarige Lindenbaum/Cohen-arrest.

Mr. P.C. van Es\*

7. Zie ook HR 13 november 1914, *NJ* 1915/98, W. 9810 (Kieft/Otjes), m.nt. E.M. Meijers en de literatuur vermeld in mijn proefschrift op p. 189 noot 2.

\* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR. (P.C.vanEs@law.leidenuniv.nl)