

3 De maatman en de verkeersopvatting

P. Memelink[■]

1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Wery 1964, p. 26-32.

3 Wery 1964, p. 28.

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

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

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

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

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

2 VERKEERSOPVATTINGEN; EEN VERKENNING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9 Rogmans 2007, nr. 16.

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

3 DRIE CATEGORIEËN GEVALLEN EN EEN RESTCATEGORIE

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

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

3.1 De toerekening van risico’s

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 De aard en omvang van zaken

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 De verhouding persoon – goed

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

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

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

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

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

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

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

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

4 GEMEENSCHAPPELIJKE KENMERKEN EN FUNCTIES VAN VERKEERSOPVATTINGEN

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

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

4.1 Objectiverende functie

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

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

²⁸ Zie hoofdstuk 4 van mijn nog te verschijnen proefschrift.

²⁹ Zie hoofdstuk 6 van mijn nog te verschijnen proefschrift.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 Niet-gedragsnormen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40 Zie Hof Arnhem 14 mei 2002, LJN AE2653.

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

5 DE MAATMAN EN NIET-GEDRAGSNORMEN

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

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

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

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

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

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

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

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

43 Nieuwenhuis 2007, p. 66.

44 Nieuwenhuis 2007, p. 68.

45 Wery 1964, p. 11-12.

46 Wery 1964, p. 16-17.

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

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

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

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

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

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

48 De Jong 1994, p. 201.

49 De Jong 1994, p. 203.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

57 Hesselink 1999, p. 404.

58 Hesselink 1999, p. 408-413.

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

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

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

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

6.1 Consensus vooraf; evidente verkeersopvattingen

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

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

59 Zo ook Rogmans 2007, nr. 18.

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

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

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

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

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

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

6.2 Consensus achteraf: werfkracht

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

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

61 Nieuwenhuis 2007, p. 66.

62 Zo ook Sieburgh 2000, p. 208.

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

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

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

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

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

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

6.3 De ‘hypothetische opvatting van een redelijk denkend mens’

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

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

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

65 Haazen 2001, p. 372.

66 Nieuwenhuis 2007, p. 11.

6.3.1 Verkeersopvatting en maatman in het goederenrecht

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

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

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

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

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

⁶⁷ Wichers 2002, p. 7, 31, en passim.

⁶⁸ Rogmans 2007, nr. 16.

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

6.3.2 Verkeersopvatting en maatman in het verbintenissenrecht

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

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

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

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

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

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

70 Nieuwenhuis 2007, p. 66.

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

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

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

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

7 TOT BESLUIT

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

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

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

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

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

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