

**Tijd en onzekerheid**

BW-krant jaarboek 16

Redactie

I. Brand

M.E. Franke

E.M. Hoogervorst

I.S.J. Houben

L. Reurich

M.H. Wissink

Gouda Quint Deventer

2000

ISBN 90-387-0793-2  
NUGI 692/206

© 2000 Prof. mr. J.M. Barendrecht, mr. F. Beijer, mr. W.H. van Boom, mr. V. van den Brink, mr. N.E.D. Faber, mr. H.A.G. Fikkers, mr. R.J.Q. Klomp, mr. M. Kremer, mr. L. Reurich, prof. mr. B.P. Sloot LL.M, prof. mr. J.M. Smits, prof. mr. J.H. Spoor, mr. M.M. Stolp, prof. mr. W.J. Zwolve.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

# Voorwoord

Het 16e BWKJ stelt de relatie tussen tijd en burgerlijk recht aan de orde. De invalshoek is de wijze waarop in het burgerlijk recht wordt omgegaan met onzekerheid als gevolg van het verstrijken van de tijd – dus met onvermijdelijke onzekerheid. Dat deze problematiek zich op tal van deelterreinen voordoet en zowel feitelijke als normatieve aspecten beslaat, blijkt uit de opgenomen bijdragen. Deze zijn losjes gegroepeerd rond drie subthema's en worden voorafgegaan door een inleidende beschouwing van Zwolve.

Het eerste subthema betreft de temporele werking van rechtsregels. Dat rechtsregels evolueren behoeft geen betoog. Smits gaat in op de behoefte aan een consistent rechterlijk overgangsrecht. Van den Brink bespreekt de verandering van opvattingen binnen een open begrip als de goede zeden. Van Boom en Barendrecht bezien de beoordeling van oude situaties aan de hand van de normen van toen respectievelijk van nu.

Het tweede subthema behandelt de factor tijd als maatstaf voor de verkrijging en het verlies van rechten. Het tijdsverloop is dan de rechtvaardiging voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen, vormt althans de maatstaf die aan onzekerheid op dat punt een einde maakt. De verkrijging van rechten wordt besproken door Klomp. Het verlies van IE-rechten, in het bijzonder auteursrechten, staat centraal in de bijdragen van Spoor en Sloot. Beijer en Fikkers gaan ten slotte in op de bevrijdende verjaring van rechtsvorderingen en het verlies van de executiebevoegdheid.

Het derde subthema stelt aan de orde hoe het recht omgaat met onzekerheden op het feitelijke vlak. Het verleden moet bewezen worden; Kremer bespreekt de invloed van tijdsverloop op het bewijs. De toekomst is onzeker, maar kan niet worden afgewacht. Faber behandelt de mogelijkheid om te beschikken over toekomstverwachtingen, terwijl Stolp en Reurich de rol van toekomstverwachtingen in het contractenrecht bespreken.

Dit is een bijzonder jaarboek, omdat het thema samenvalt met dat van de landelijke BW-dagen die dit jaar in Leiden worden gehouden. De redactie prijst zich gelukkig dat de tien juridische faculteiten hebben meegewerkt aan de totstandkoming van dit Jaarboek. Een

bijzonder woord van dank gaat uit naar mr drs Kyong Soon Rijnders, zonder wier hulp de kopij niet in de korte daarvoor resterende tijd gereed zou zijn geweest.

De redactie neemt afscheid van Mirjam Franke. Zij heeft meegewerkt aan de edities 1990-2000 en verschillende BWKJ-bijdragen geschreven. Als prima inter pares wist zij de redactie steeds te inspireren. Wij zullen haar kennis van zaken missen, evenals haar organisatorische en creatieve inbreng. De redactie verwelkomt twee nieuwe redacteuren: Elselique Hoogervorst en Isabella Brand.

Leiden, april 2000

De redactie

# Inhoud

Voorbeschouwing. De tijd van het recht  
*W.J. Zwolve* 9

## TEMPORELE WERKING VAN RECHTSREGELS

Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie  
*J.M. Smits* 11

Tijd en goede zeden in het burgerlijk recht  
*V. van den Brink* 27

Gedrag van toen, normen van nu?  
*W.H. van Boom en J.M. Barendrecht* 45

## TIJDSVERLOOP ALS MAATSTAF

Dieven met geduld. Over verkrijgende verjaring  
te kwader trouw  
*R.J.Q. Klomp* 59

Verlies van intellectuele eigendomsrechten  
door tijdsverloop  
*J.H. Spoor* 75

De controverse over de duur van de Amerikaanse  
auteursrechtelijke bescherming en haar betekenis  
voor het Nederlandse auteursrecht  
*B.P. Sloot* 97

Na verloop van tijd ... Over bevrijdende verjaring  
van rechtsvorderingen en de bevoegdheid om tot  
executie over te gaan  
*H.A.G. Fikkers en F. Beijer* 131

ONZEKERHEID OVER VERLEDEN EN TOEKOMST

De tand des tijds. Over de invloed van tijd op het bewijs <i>M. Kremer</i>	157
Beschikken in het heden met het oog op de toekomst. Dogmatiek of gebakken lucht? <i>N.E.D. Faber</i>	173
Toekomstverwachtingen in het contractenrecht <i>M.M. Stolp en L. Reurich</i>	185

# Voorbeschouwing

DE TIJD VAN HET RECHT

*W.J. Zwolve\**

*hora fugit, tempus fluit*

‘de uren vliegen voort, de tijd vervliet’

In deze jaargang van het BW-krant Jaarboek treft de lezer een aantal opstellen aan waarin het element ‘tijd’ centraal staat. Ik trof daarin echter geen beschouwing aan over de tijdberekening in het recht en dat is jammer omdat ons BW daarin een bijzondere vooruitgang te zien geeft ten opzichte van de wetboeken van de ons omringende landen. Ik neem daarom, bij wijze van voorbeschouwing, de vrijheid daarop de aandacht te vestigen. Het Romeinse recht namelijk hanteerde een bijzonder grove wijze van tijdberekening: het rekende niet *a momento ad momentum*, maar *ad diem* (D. 41,3,6 (Ulpianus)). Deze berekeningswijze werd ingegeven door het feit dat de dag in de oudheid slechts bezwaarlijk kon worden verdeeld in vaste tijdsperiodes, zoals tegenwoordig mogelijk is. De zonnwijzer (*solarium*) immers is in zijn functionaliteit beperkt tot de tijd waarin de zon schijnt. Hij geeft bovendien per definitie een variabele tijd weer: zo telde de dag van 23 december te Rome 8 uur en 54 minuten, terwijl de dag van 25 juni, alweer te Rome, 15 uren en zes minuten telde. Bovendien dient men daarbij in aanmerking te nemen dat het uur zelf varieerde: slechts op 23 maart en 25 september telde dat zestig minuten. De in juridische procedures niet ongebruikelijke waterlopers (*clepsydrae*) zijn natuurlijk ter objectieve bepaling van een tijdstip onbruikbaar, omdat daardoor slechts het verloop van een overigens willekeurige tijd wordt aangetoond. Een en ander verduidelijkt waarom het Romeinse recht niet anders kon dan de juridische tijd in dagen weer te geven. Deze *computatio civilis* wordt, zelfs tegenwoordig, nog in veel landen gevolgd en ook wij hebben ons daarvan eerst in 1992 bevrijd. Zo kende het oude BW de regel dat het tijdstip van vestiging van een hypotheek werd bepaald naar de *dag* van inschrijving. Wanneer twee hypotheeken

\* Hoogleraar in de historische ontwikkeling van het recht aan de Universiteit Leiden.

op dezelfde dag waren ingeschreven, hadden de hypotheekhouders gezamenlijk een hypotheek van dezelfde dagtekening, *‘onverschillig op welk uur de inschrijving gedaan is, al ware het ook dat het uur door den bewaarder mogt zijn aangetekend’* (art. 1226, lid 2 OBW (1838)). Het bestaan van zo’n regel, die bijvoorbeeld nog steeds in Duitsland (§ 879 I BGB) en Frankrijk (art. 2134 Cc) wordt gehanteerd, illustreert dat het privaatrecht zich eeuwenlang met succes ongestraft teweer kan stellen tegen technische vooruitgang. De tijd immers wordt al enige eeuwen niet meer berekend aan de hand van de onzekere en variabele stand van de zon, maar door mechanische klokken die op uniforme tijdzones kunnen worden ingesteld en de dag verdelen in vaste uren, minuten en seconden. Zo wordt een nauwkeurige vaststelling van de rangorde van elkaar in de tijd opvolgende rechten mogelijk. Art. 3:21, lid 2, sub b BW behelst daarom meer dan slechts een klein detail waarin het nieuwe BW verschilt van het oude: het markeert een fundamentele verandering van geesteshouding. De moderne tijdrekening heeft haar intrede in het recht gedaan.



# Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie

*J.M. Smits\**

## 1. INLEIDING

Rechterlijk overgangsrecht: de rechtsvergelijkend en rechtstheoretisch geïnteresseerde jurist kan er zijn hart aan ophalen. De vraag of een rechter die een uitspraak doet die óók van belang is voor andere gevallen dan het voorliggende, een regeling van overgangsrecht in het leven mag of zelfs *moet* roepen, en zo ja, welke die regeling dan moet zijn, is immers in vele landen gesteld én – afhankelijk van min of meer uitgesproken visies op het karakter van recht en van rechterlijke activiteit – beantwoord. In het navolgende bespreek ik de mate waarin het rechterlijk overgangsrecht, gegeven die visies, consistent is. Ik beperk mij daarbij in hoofdzaak tot het Nederlandse materiële<sup>1</sup> recht: het bescheiden onderzoek dat ik naar de praktijk van het rechterlijk overgangsrecht verrichtte, maakte mij duidelijk dat het zelfs met die beperking niet eenvoudig is om een korte bijdrage aan dit fenomeen te wijden, laat staan dat hier plaats zou zijn voor een uitgebreide rechtsvergelijkende beschouwing.<sup>2</sup> Het door mij in deze bijdrage gestelde

\* Prof. mr. J.M. Smits is als hoogleraar Europees Privaatrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht.

1. Over procesrechtelijk overgangsrecht (meestal de mogelijkheid voor partijen om na verwijzing hun stellingen aan te passen aan een nieuwe rechtsregel) zie J.B.M. Vranken, Asser-serie, Algemeen Deel, Zwolle 1995, nr. 252 e.v.
2. Zie daartoe de studie van Thomas Probst, *Die Änderung der Rechtsprechung*, Basel-Frankfurt 1993, waarover Winfried Veelken, *RabelsZ* 61 (1997), p. 150 e.v. Naar alle waarschijnlijkheid verschijnt binnenkort een Tilburgs proefschrift van O.A. Haazen dat is gewijd aan rechterlijk overgangsrecht in (mede) rechtstheoretisch en rechtsvergelijkend perspectief. De algemene literatuur over het rechterlijk overgangsrecht omvat O.A. Haazen, *Terugwerkende kracht in beweging?*, *WPNR* 6337 (1998), p. 748 e.v.; F.P. Zwart, *Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht*, *NJB* 1997, p. 109 e.v.; B. Wessels, *Kroniek*, *NTBR* 1996, p. 240 e.v.; Vranken, o.c., nr. 252 e.v.; M.V. Polak, *Omgaan en overgaan, recente rechtspraak inzake rechterlijk overgangsrecht*, *WPNR* 5782-5783 (1986), p. 299 e.v., 315 e.v.; W. Alexander, *Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken*, *RM Themis* 1986, p. 492 e.v.; M.V. Polak, *Algemene beginselen van rechterlijk over-*

omtrent de wenselijkheid van overgangsrecht overstijgt echter het Nederlandse recht: de verdienste van theoretische beschouwing is immers dat deze pretendeert universeel te zijn en aldus ook betekenis heeft voor andere rechtsstelsels dan het eigen.<sup>3</sup> Ook kon ik de verleiding niet weerstaan toch enige rechtsvergelijkende gegevens te verwerken. In het navolgende komt achtereenvolgens aan de orde waar de behoefte aan rechterlijk overgangsrecht door wordt gevoed (paragraaf 2), welke stelsels van overgangsrecht denkbaar zijn en in Nederland worden gehanteerd (paragraaf 3) en of daarin consistentie valt te ontdekken of op dit vlak mogelijk is (paragraaf 4).

## 2. RECHTERLIJK OVERGANGSRECHT

Ten behoeve van een goed begrip van de problematiek, is het goed om eerst na te gaan wanneer precies behoefte bestaat aan overgangsrecht. Die vraag wordt hier in meer algemene zin beantwoord door na te gaan in welk *type* rechtsstelsel *überhaupt* behoefte bestaat aan overgangsrecht en specifiek door te bezien waarom binnen dat type rechtsstelsel overgangsrecht soms gewenst is.

De behoefte aan overgangsrecht (hetzij afkomstig van de wetgever, hetzij van de rechter) kan slechts ontstaan in een rechtsstelsel dat de regels van het positieve recht als uitgangspunt neemt en waarin wordt erkend dat de wetgever of de rechter nieuw recht kan creëren. Aan de eerste voorwaarde is in de moderne westerse rechtsstelsels natuurlijk steeds voldaan: doordat rechtsregels worden *gegeven* door de daartoe bevoegde (doorgaans nationale) organen, kan een situatie ontstaan waarin de nieuwe regel zodanig afwijkt van de oude dat een overgangsregeling moet worden getroffen. Een dergelijk openvolgen van rechtsregels in de tijd is er alleen niet in een puur natuurrechtelijke opvatting: ziet men slechts als recht wat universeel (overall en altijd) zou moeten gelden, dan heeft spreken van positief, gegeven, recht weinig zin en vervalt de behoefte aan een overgangsregeling.<sup>4</sup>

gangsrecht, RM Themis 1984, p. 228 e.v.

3. Vgl. Ugo Mattei/Fabrizio Cafaggi, Comparative Law and Economics, in: Peter Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. I, London 1998, p. 347.

4. Ook denkbaar is om recht in het geheel niet te zien als *regels*, maar (althans grotendeels) als cultuur. In dat geval vervalt de behoefte aan rechterlijk overgangsrecht eveneens omdat het recht zich als deel van de algemene cultuur

Aan de tweede voorwaarde is in zowel de civil law- als de common lawwereld ook voldaan. Dat de wetgever én de rechter nieuw recht kunnen creëren is in de moderne westerse samenleving onbetwist. In Nederland en andere landen van het Europese vasteland is al langer onomstreden dat de rechter niet alleen de *bouche de la loi* is, maar tevens schepper van recht. Dat de rechterlijke uitspraak in beginsel nog steeds terugwerkende kracht heeft<sup>5</sup> – en dus aangeeft hoe het recht altijd geweest is – past wel minder goed bij die taakopvatting. Terugwerkende kracht past immers bij de fictie dat de rechter slechts vaststelt wat het recht *eigenlijk* inhoudt.

In de common law-traditie komt die spanning tussen de erkenning van de rechtsscheppende taak van de rechter en de werking van de rechterlijke uitspraak nog meer aan de oppervlakte. Volgens de vanouds bestaande *declaratory theory of common law* geeft een rechterlijke uitspraak aan hoe het bestaande recht altijd geweest is en nog is. De common law is er immers *from time immemorial*. Dit impliceert dat elke rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft. Indien deze een ‘nieuwe’ regel omvat (‘overruling’), wordt de oude regel geacht nooit te hebben bestaan en wordt die dus ook niet toegepast op het voorliggende geval of op andere zaken. Zoals Blackstone het zegt:<sup>6</sup>

‘For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law’.

Dit getuigt van een striktere opvatting dan de continentale regel omdat de laatste nog wel erkent dat er vóór de nieuwe uitspraak recht was, wat in de common law traditioneel wordt ontkend. Dat impliceert dat theoretisch in het geheel ook geen behoefte bestaat aan overgangsrecht: als de vroegere regel geen recht was, is er ook geen overgang.

langzaam aanpast aan veranderende ontwikkelingen. Voor een uitdagend perspectief op recht als cultuur zie recent Pierre Legrand, *Le Droit Comparé*, Paris 1999.

5. Voor deze declaratoire werking P. Scholten, *Asser-serie, Algemeen Deel*, 3de dr., Zwolle 1974, p. 137, die naar aanleiding van het omgaan van de Hoge Raad in HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen) opmerkt ‘dat het nieuwe jurisprudentie-recht het oude er aan voorafgaande niet als recht erkent, dat dus van opvolging, en dientengevolge van begrenzing, geen sprake is’.
6. Blackstone’s *Commentaries* I, p. 70, geciteerd bij Alain Verbeke, *Elementen van Anglo-Amerikaans recht*, Antwerpen-Apeldoorn 1994, nr. 149.

Evenmin komt naar Nederlands recht – zoals meer in Engeland gebeurt<sup>7</sup> – veel voor dat juist vanwege de consequenties van terugwerkende kracht van de rechterlijke uitspraak de rechter afziet van overruling. Zoals nog zal blijken, is de praktijk overigens ook in de Anglo-Amerikaanse wereld soms sterker dan de leer en heeft de rechter ook daar een methode ontwikkeld om toch overgangsrecht te creëren (het bekende *prospective overruling*). Kennelijk is de behoefte aan een overgangsrechtelijke regeling soms sterk. Vanwaar die behoefte? Waarom kan niet steeds worden volstaan met volledige terugwerkende kracht van de rechterlijke uitspraak? Dat is de vraag naar de specifieke bestaansgrond voor rechterlijk overgangsrecht.

Waarom leidt erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter dan tot de noodzaak van een rechterlijk overgangsrecht? Dit hangt hiermee samen dat de (hoogste) rechter twee deels tegenstrijdige functies in zich verenigt. Enerzijds voelt hij zich geroepen om het bestaande recht op een bepaald punt te wijzigen in zijn hoedanigheid van gever van een algemene regel voor de toekomst, anderzijds heeft hij er rekening mee te houden dat wijziging van recht in strijd kan komen met de verwachtingen van diegenen die vertrouwen op de huidige stand van het recht (hoe weinig juist die stand wellicht ook is). Tot die laatste behoren meestal ook de partijen in het bij de rechter aanhangige geschil. Deze laatste functie vervult de rechter in zijn hoedanigheid van beslisser van het concrete geschil, niet in het belang van het recht maar in dat van het recht van partijen.<sup>8</sup> De nieuwe rechterlijke opvatting vraagt dus om erkenning, de rechtszekerheid vraagt om behoedzaamheid.<sup>9</sup>

Dat de Nederlandse Hoge Raad – gegeven zijn taak in het staatsbestel en art. 12 Wet AB – een regeling van overgangsrecht *kan* treffen, is inmiddels onomstreden.<sup>10</sup> Het past in de erkenning van rechtspraak als gezagsfactor met als eerdere stappen het door de Hoge Raad openlijk vergelijken van een eigen eerdere uitspraak met de in

7. Vgl. Polak, RM Themis, o.c., p. 253.

8. Zie W.H. Heemskerk in zijn noot bij NJ 1982, 503, nr. 3.

9. Vgl. Ch.P.A. Geppart, Rechterlijk overgangsrecht, WFR 1992, p. 1051.

10. Dat de rechter geen regeling kan treffen, meent nog L.D. Pels Rijcken, Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën, Non sine causa, Zwolle 1979, p. 314. In Engeland wordt het argument dat slechts de wetgever dit kan nog altijd gebruikt als argument tegen *prospective overruling*; zie Polak, o.c., p. 253.

casu gegevene,<sup>11</sup> het expliciet aangeven dat en waarom wordt omgegaan<sup>12</sup> en het geven van zeer algemene regels als die over de verkeersaansprakelijkheid.<sup>13</sup> Vanaf 1981<sup>14</sup> heeft de Hoge Raad ook diverse malen zelf een overgangsregeling gegeven op het terrein van het materieel privaatrecht. De uitspraken waarin dit is gebeurd (of juist niet is gebeurd waar dit wellicht wel had gemoeten), worden in de volgende paragraaf besproken.

### 3. VIER STELSELS VAN OVERGANGSRECHT

In deze paragraaf wordt nagegaan in hoeverre de Nederlandse rechter in geval van een grondleggende uitspraak bereid is om een overgangsregeling te treffen. Doel van dit overzicht is om inzicht te krijgen in de mate waarin dit consequent of op consistente wijze geschiedt. Indien de rechter (al dan niet expliciet) *nalaat* om een regeling te treffen, kan dat uiteraard evenveel zeggen als wanneer hij *wel* een regeling geeft. Uit mijn overzicht blijkt dat terugwerkende kracht (dat wil zeggen in het geheel geen aandacht voor overgangsrecht) in de overgrote meerderheid van grondleggende uitspraken aanwezig is.

Ten aanzien van de wijzen waarop het overgangsrecht kan worden geregeld, bestaan in hoofdzaak vier verschillende stelsels. Het leidende beginsel bij opvolging van wettelijke regels is de onmiddellijke werking (3.1), het traditionele stelsel voor rechterlijke uitspraken is de terugwerkende kracht van de nieuwe regel (3.2) en een derde stelsel is dat van de eerbiedigende werking (3.3). Ten slotte bestaat het stelsel van de uitgestelde werking (3.4). Met deze indeling wordt deels aangesloten bij de beginselen van het wettelijk overgangsrecht,<sup>15</sup> zij

11. HR 25 februari 1932, NJ 1932, 301 (Loonbeslag).

12. HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (Stierkalf).

13. Bijv. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink). Over deze ontwikkeling in Europees perspectief zie J.M. Smits, Europees privaatrecht in wording, Antwerpen-Apeldoorn 1999, p. 111. De Hoge Raad wijkt soms echter ook terug voor het functioneren als wetgever-plaatsvervanger: zie bijv. HR 13 december 1973, NJ 1975, 130 en HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483 (Notaris P.).

14. HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 (Pensioenverrekening).

15. Daaromtrent, met name geïnspireerd door de Overgangswet Nieuw BW, o.a. H.L. van der Beek, Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1992; C.L. de Vries Lentsch-Kostense, Overgangsrecht, Mon. NBW A-25, Deventer 1992; B. Wessels, Overgangsrecht nieuw BW in kort bestek, 2e dr., Lelystad 1990. Grondlegend L.J. Hijmans van den Bergh, Opeenvolgen van rechtsregels, diss. Utrecht 1928 en zijn andere publicaties, waarover Polak, o.c., p. 245 e.v. (met

het dat deze in geval van rechterlijke activiteit wel deels een eigen invulling krijgen.

### *3.1 Onmiddellijke werking*

Een eerste mogelijkheid is dat de rechter de nieuwe regel onmiddellijk (vanaf de datum van de rechterlijke uitspraak), niet eerder en niet later, laat werken.<sup>16</sup> Zoals bekend is dit beginsel voor het wettelijk overgangsrecht als leidend neergelegd in art. 68a Overgangswet Nieuw BW en is het sowieso bij opvolging van wettelijke regels het heersend beginsel,<sup>17</sup> zij het dat de redelijkheid en billijkheid toepassing onaanvaardbaar kunnen maken (art. 75 Ow). Gaat het om rechtersrecht, dan betekent onmiddellijke werking dat de gegeven nieuwe regel pas werkt vanaf het moment dat deze is gegeven. Deze uitzondering op het beginsel van terugwerkende kracht van de rechterlijke uitspraak treft men niet veel aan in de civiele rechtspraak van de Hoge Raad.

Het meest bekende voorbeeld is het Pensioenverrekening-arrest.<sup>18</sup> In 1981 bepaalde de Hoge Raad dat het pensioenrecht van een der echtgenoten moet worden verrekend bij de verdeling van de gemeenschap. Hiermee werd teruggekomen op de oude regel uit 1959, doch dat betekende geen aantasting van verkregen rechten. De nieuwe regel werd slechts toegepast op het geval in casu en voor toekomstige gevallen met de volgende motivering:

‘Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering (...). De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang van de rechtszekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering – die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten – thans niet meer geldend gemaakt kan worden.’

In een ander geval over pensioenrechten was de vraag of onder het recht van vóór de invoering van de Wet verevening pensioenrechten 1995 aanspraak bestond op een deel van het ouderdomspensioen van de andere echtgenoot indien partijen – in uitsluiting van iedere gemeenschap gehuwd – een verdeling afspraken van hetgeen jaarlijks

vermelding van verdere literatuur).

16. Wessels, o.c., p. 14; De Vries Lentsch, o.c., p. 7.

17. Aanwijzing 166 bij de Aanwijzingen voor de regelgeving (1993).

18. HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 (Pensioenverrekening). Juichend hierover H.C.F. Schoordijk, WFR 1982, p. 237 e.v.

van hun zuivere inkomsten onverteerd is overgebleven. Dit was volgens de Hoge Raad niet het geval omdat dan<sup>19</sup>

‘voor het thans niet meer geldende recht achteraf toch nog voor een belangrijke groep van gevallen stelselmatig een ingrijpende inbreuk zou moeten worden aangenomen op het tussen partijen gekozen huwelijksgoederenregime.’

In beide bovenstaande gevallen kiest de Hoge Raad kennelijk voor onmiddellijke werking omdat terugwerkende kracht in een groot aantal gevallen reeds ontstane verwachtingen zou frustreren. Deze motivering speelde ook in een aantal zaken over de ongelijke salariele behandeling van gehuwde en ongehuwde leerkrachten op Curaçao. De Hoge Raad oordeelde deze discriminatie in 1993 ongeoorloofd.<sup>20</sup> Betekende dit dat ongehuwde werknemers het verschil tussen hun salaris in de jaren vóór 1993 en dat van hun gehuwde collega's konden vorderen? Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba geeft een regel van overgangsrecht die door de Hoge Raad<sup>21</sup> niet cassabel wordt geacht:

‘Met aanspraken betrekking hebbende op eerdere perioden zullen werkgevers en werknemers, gezien de toenmalige stand van de rechtsontwikkeling en toen geldende maatschappelijke inzichten, destijds in de meeste gevallen ook in financiële zin geen rekening hebben gehouden. (...) Slechts bij uitzondering, zoals bijvoorbeeld het geval waarin de werknemer zijn aanspraken reeds aan de werkgever kenbaar heeft gemaakt (...), zal het voorgaande anders kunnen zijn.’

In een soortgelijke zaak<sup>22</sup> werd het cassatiemiddel tegen het arrest van het Hof (dat had overwogen dat partijen geen rekening hadden gehouden met de aanspraak omdat de werkgever geen reserveringen had gedaan en de werknemer zijn leven niet had ingericht naar het hogere salaris) ook verworpen en overwoog de Hoge Raad:

‘Wanneer een fase in de rechtsontwikkeling wordt afgesloten doordat bij rechterlijke uitspraak in hoogste ressort een rechtsregel wordt geformuleerd die voordien in de praktijk (nog) niet als geldend recht werd beschouwd, kan zulks op één lijn worden

19. HR 31 mei 1996, NJ 1996, 686 (Venetiaans huwelijk).

20. HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259 (Mathilda/RK Schoolbestuur).

21. HR 30 september 1994, NJ 1995, 260 (Sint Elisabeth Hospitaal/Anterslijn), waarover ook F.P. Zwart, Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht, NJB 1997, p. 112 e.v. ; vgl. HR 28 mei 1999, NJ 1999, 816 (Nassy/Curaçao).

22. HR 10 mei 1996, NJ 1996, 643 (Cijntje/Protestants Nijverheidsonderwijs).

gesteld met het tot stand komen van een nieuwe rechtsregel. In beide gevallen kan het een eis van redelijkheid en rechtszekerheid zijn dat bij wege van een overgangsvoorziening terugwerkende kracht van de desbetreffende rechtsregel wordt uitgesloten.’

Deze beide uitspraken bevestigen het oordeel dat onmiddellijke werking gewenst is waar de verwachtingen van grotere groepen anders worden beschaamd. Toch is de Hoge Raad niet steeds bereid om dan ook een overgangsregeling te treffen. Of een onwettig en niet-erkend kind dat in een relatie van *family life* staat tot zijn vader, recht heeft op de nalatenschap, vereist volgens de Hoge Raad een rechtspolitieke keuze, een terugkomen op eigen rechtspraak én beantwoording van een vraag van overgangsrecht.<sup>23</sup>

‘Daarbij kunnen ook vragen rijzen van bescherming van derden of van bepaalde groepen van derden, die ter wille van de rechtszekerheid beantwoording verdienen eer een zodanige regel voor toepassing in aanmerking komt.’

Deze motivering bevestigt de reden waarom de Hoge Raad afziet van terugwerkende kracht. Vraag is uiteraard of er dan niet meer gevallen zijn waarin het geven van een nieuwe regel de bestaande verwachtingen van grotere groepen betrokkenen beschaamt. Ik kom daarop nog terug (zie par. 4).<sup>24</sup>

### 3.2 *Terugwerkende kracht*

Wordt terugwerkende kracht verleend aan een nieuwe wet of regel van rechtersrecht, dan geldt de nieuwe wet of regel niet alleen vanaf de inwerkingtreding, maar ook voor de periode ervoor.<sup>25</sup> Al bestaande rechtstoestanden worden door de nieuwe regel getroffen. In het wettelijk overgangsrecht bij het nieuw BW wordt deze regel weinig toegepast.<sup>26</sup> Wanneer – zoals gebruikelijk – wordt gesteld dat de rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft,<sup>27</sup> dan wordt daarmee

23. HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483 (Notaris P.).

24. Bekende gevallen van onmiddellijke werking in de Europese rechtspraak zijn HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, NJ 1976, 455 (Defrenne II) en EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 (Marckx).

25. Wessels, o.c., p. 15; De Vries Lentsch, o.c., p. 8.

26. Vgl. Wessels, o.c., p. 15, 35.

27. Dat dit de hoofdregel is, wordt echter betwist door A-G Franx in zijn conclusie bij NJ 1986, 723; vgl. J. de Boer, Ongelijke ‘overruling’, NJB 1992, p. 856 (vooral noot



bedoeld dat de nieuwe algemene regel inderdaad aangeeft hoe het recht 'altijd geweest is' (anders dan bij onmiddellijke werking), doch dat uiteraard *al definitief verkregen rechten* blijven bestaan. Ik gebruik de terugwerkende kracht verder in die betekenis.

Indien de rechter geen regel van overgangsrecht geeft, heeft de door hem gegeven nieuwe regel dus steeds terugwerkende kracht. Gegeven de ingrijpende consequenties hiervan, is het opmerkelijk dat de Hoge Raad in standaardarresten maar hoogst zelden aandacht besteedt aan het overgangsrecht terzake van zijn nieuwe regel. In algemeen als grondlegend aangemerkte uitspraken als Blaauboer/Berlips,<sup>28</sup> Lindenbaum/Cohen,<sup>29</sup> Quint/Te Poel,<sup>30</sup> Kelderluik,<sup>31</sup> Saladin/HBU<sup>32</sup> en meer recent Plas/Valburg<sup>33</sup> (waarin de regel uit 1983 werd toegepast op een geval uit 1975), Sogelease<sup>34</sup> en Wrongful birth<sup>35</sup> ontbreekt iedere verwijzing naar een overgangsregeling hoewel de uitspraak vrijwel steeds van belang lijkt voor aanzienlijk meer gevallen dan het geval in casu.

Standaardarresten waarin men zeker een rechterlijke overgangsregeling zou hebben verwacht, zijn bijvoorbeeld Gielen/Assuradeuren<sup>36</sup> en een recente uitspraak over de aanzegging van de wettelijke rente.<sup>37</sup> In het eerste arrest werd de spontane mededelingsplicht van de verzekerde terzake van art. 251 K. over een eigen strafrechtelijk verleden afgeschaft. Ondanks het betoog van de A-G Biegan-Hartogh bevatte het arrest geen passage over overgangsrecht, zodat de nieuwe regel ook gold voor de verzekeringen gesloten vóór de datum van het arrest zonder dat de verzekeraar zich daarop

8).

28. HR 3 maart 1905, W 1905, 8191.

29. HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161.

30. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

31. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

32. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (in casu een invulling van de onrechtmatigheid uit 1967 voor een geval van aan- en verkoop van aandelen uit 1958).

33. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

34. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119. Vgl. B. Wessels, Kroniek, NTBR 1996, p. 241, die meent dat hier ten onrechte geen overgangsregeling werd getroffen.

35. HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.

36. HR 18 december 1981, NJ 1982, 570 (Gielen q.q./Assuradeuren).

37. HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 (rente-aanzegging). J.B.M. Vranken benadrukt in zijn noot de grote behoefte aan rechterlijk overgangsrecht.

had kunnen instellen.<sup>38</sup> In het tweede, zeer bekritiseerde, arrest achtte de Hoge Raad de aanzegging van de wettelijke rente onder het recht van vóór 1 januari 1992 wel nodig, daarmee met terugwerkende kracht een beroepsaansprakelijkheid voor advocaten creërend.

Een opvallend staaltje van terugwerkende kracht gaf de Hoge Raad ook ten beste in het DES-arrest.<sup>39</sup> De Hoge Raad paste art. 6:99 BW (ingevoerd in 1992) toe als geldend recht voor de periode van 1953 tot 1967 en later omdat dit al een neerslag zou zijn van de toen geldende rechtsopvattingen (doch leidend tot samenlopende en niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid) nu het Ontwerp Meijers uit 1961 de regel al bevatte en deze niet in parlement of daarbuiten overstreden was. Enige behoefte aan overgangsrecht zou dan niet bestaan.<sup>40</sup>

De meest opvallende toepassingen van de terugwerkende kracht van nieuwe rechtsregels worden echter geleverd door de arresten over verkeersaansprakelijkheid.<sup>41</sup> Zoals bekend ziet de uitleg door de Hoge Raad van art. 185 (ex 31 WVV) steeds op gevallen die zich ruim voor het wijzen van het arrest voordeden. Nadat in 1991<sup>42</sup> nog 75% eigen schuld voor een racefietser was aangenomen, werd in 1992 het fundamentele IZA/Vrerink<sup>43</sup> gewezen over een geval uit 1984. Spier stelt terecht dat dit onbevredigend is.<sup>44</sup> Hij wijst er ook op dat in het arrest Frank Holsteijn uit 1986<sup>45</sup> een beroep op overmacht nog mogelijk was voor de automobilist; in het arrest Marbeth van Uitregt uit 1991<sup>46</sup> wordt het verworpen, hoewel het geval speelde in dezelfde periode als die van het Holsteijn-arrest. En wanneer de Hoge Raad in Anja Kellenaers uit 1993 (over een geval uit 1985) uitmaakt dat de zwakke verkeersdeelnemer *ten minste* een aanspraak heeft op 50%

38. Vgl. de noot van B. Wachter, sub 11, onder het arrest (kritisch over de mogelijkheid van prospective overruling).

39. HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535.

40. Vgl. Brunner in zijn noot, sub 2, onder het arrest, die spreekt van 'retrospectieve anticipatie'.

41. Vgl. J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies NJV, Handelingen NJV 1996-I, p. 45 e.v. en O.A. Haazen, o.c., p. 748 e.v.

42. HR 24 mei 1991, NJ 1991, 506 (Kodde/Dekker).

43. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink).

44. Spier, o.c., p. 228 e.v.

45. HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482.

46. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721.

van de geleden schade, is dat naar zijn oordeel geen terugkeer van IZA/Vrerink, maar een consequentie van dat arrest ‘zoals dit moet worden verstaan’.<sup>47</sup> Ten slotte noem ik het recente arrest Virgilius Berkhof,<sup>48</sup> waarin een ongeval plaatsvond in 1976 en de Hoge Raad in 1998 uitspraak doet naar de dan geldende normen.<sup>49</sup>

### 3.3 *Eerbiedigende werking*

Onder de vigeur van dit beginsel worden alle bestaande rechten geëerbiedigd: de nieuwe regel geldt niet voor de bij de inwerking-treding reeds bestaande rechten en feiten.<sup>50</sup> Deze regel van eerbiediging van oud recht is door mij zojuist geïntegreerd in de regel van terugwerkende kracht. Ik besteed er hier verder geen aandacht aan.

### 3.4 *Uitgestelde werking*

Ten slotte is er het regime van de uitgestelde werking: in dit geval geldt de nieuwe regel al wel, maar deze wordt pas na enige tijd effectief toegepast. Doel hiervan is in het wettelijk overgangsrecht meestal om partijen de gelegenheid te bieden om hun contracten etc. aan te passen.<sup>51</sup> Indien *de rechter* uitgestelde werking verleent aan zijn regel, spreekt men meestal van prospective overruling. Ook dan handhaaft de rechter zijn oude standpunt in het voorliggende geval, maar kondigt hij aan om in de toekomst een nieuw standpunt te zullen volgen. De belangrijkste Nederlandse pleitbezorger van deze methode was J. Drion,<sup>52</sup> Heemskerk formuleert echter als het belangrijkste bezwaar<sup>53</sup> tegen deze methode:<sup>54</sup>

47. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (Anja Kellenaers). Dit ‘verstaan’ was in strijd met de algemene opinie onder rechtsgeleerde schrijvers; vgl. Brunner in zijn noot onder het arrest.

48. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 895 (Virgilius Berkhof).

49. Vgl. echter gematigd positief Haazen, o.c., p. 748 e.v. Zie over de ‘aansprakelijkheid met terugwerkende kracht’ ook Michael Faure, Is aansprakelijkheid ‘met terugwerkende kracht’ efficiënt en verzekerbaar?, A&V 1998, p. 1 e.v.

50. Wessels, o.c., p. 13; De Vries Lentsch, o.c., p. 7; vgl. art. 69 Ow.

51. Wessels, o.c., p. 15.

52. J. Drion, *Stare decisis*, 1950, in: *Verzamelde Geschriften*, Deventer 1968, p. 167. Hij is daarin onder meer gevolgd door H.U. Jessurun d’Oliveira, *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken*, 1973, p. 43, en voor in het bijzonder het belastingrecht door H.C.F. Schoordijk, *WFR* 1982, p. 237 e.v. en Ch.J. Langereis, *Over de voorspelbaarheid van het fiscale recht*, *FED* 1989, p. 1425 e.v.

53. R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent*, Arnhem 1986, p. 285 e.v. noemt

‘Omgaan voor de toekomst en niet voor het verleden zal in veel gevallen wenselijk zijn, maar om de partijen in het concrete geval naar huis te sturen met een op de oude leest geschoeide beslissing en met de mededeling dat de nieuwe, in brede kring verdedigde en met de jongste maatschappelijke ontwikkelingen in overeenstemming zijnde leer nu door het hoogste rechtscollege is aanvaard, maar alleen voor anderen zal gelden, is wel erg onbevredigend.’

In de Verenigde Staten – waar de methode van het prospective overruling is ontwikkeld – wordt deze zeer terughoudend toegepast; voorwaarde is sowieso dat sprake is van ‘an entirely new rule’.<sup>55</sup> De Nederlandse Hoge Raad past de methode in civiele zaken evenmin veel toe. Het belangrijkste voorbeeld (uit het internationaal privaatrecht) is de uitspraak over de Haagse Italianen<sup>56</sup> over het toepasselijke huwelijksgoederenregime in geval van een huwelijk gesloten onder het later buiten werking gestelde Haagse Huwelijksgoederenverdrag 1905.

‘De rechtszekerheid zowel tussen echtgenoten onderling als ten aanzien van derden zou in het gedrang komen, indien na jaren zou blijken, dat een nieuwe collisieregels moet worden toegepast, welke tot andere rechtsgevolgen zou kunnen leiden dan die waaraan men aan de hand van de oude regel had mogen rekenen.’

Dit impliceerde dat noch op oude gevallen, noch op dat in casu, de nieuwe regel werd toegepast. Andere gevallen van uitgestelde werking van de nieuwe regel worden vooral gefourneerd door het belastingrecht<sup>57</sup> en het sociaal verzekeringsrecht.<sup>58</sup> Ook daar is reden-

nog andere bezwaren, o.a. dat de rechter op het terrein van de wetgever treedt (zie echter boven, par. 2) en dat de rechter minder flexibel kan inspelen op maatschappelijke ontwikkelingen.

54. W.H. Heemskerk in zijn noot onder NJ 1982, 503.

55. Vgl. De Boer, o.c., p. 855 en de rechtspraak genoemd in de noot van B. Wachter bij NJ 1982, 570. Zie meer recent Roger J. Traynor, *Quo Vadis, Prospective Overruling*, Hastings LJ 50 (1999), p. 771 e.v.

56. HR 27 maart 1981, NJ 1981, 335 (Haagse Italianen). Vgl. HR 10 december 1976, NJ 1977, 275 (Chelouche/Van Leer).

57. Met name HR 13 november 1991, BNB 1992, 109 en HR 18 december 1991, BNB 1992, 181. De Hoge Raad stelt dat belanghebbende het oude stelsel van winstberekening mag volgen tot zij rekening kan houden met het arrest, ‘welk tijdstip kan worden gesteld op 1 januari 1992’. Hierover Geppaart, o.c., p. 1051; I.J.J. Burgers, *De dynamiek van goed koopmansgebruik en prospective overruling*, WFR 6023 (1992), p. 1231 e.v.

gevend dat onmiddellijke invoering van de regel belanghebbenden niet in staat stelt om rekening te houden met hun nieuwe rechtspositie. In het belastingrecht komt zelfs overruling ‘onder opschortende voorwaarde’ (de rechter gaat niet om, maar kondigt aan dat te doen indien de wetgever nalaat een wettelijke regeling te treffen) voor.<sup>59</sup>

#### 4. OP ZOEK NAAR CONSISTENTIE

Ten aanzien van de vraag naar de consistentie van het rechterlijk overgangsrecht dienen twee vragen te worden onderscheiden. De eerste is of in bovenstaande uitspraken van de Hoge Raad reeds enige consistentie is aan te treffen. De tweede vraag luidt of criteria kunnen worden ontwikkeld die een dergelijke consistentie bewerkstelligen. Hier komen deze feitelijke en normatieve vraag achtereenvolgens aan de orde.

Is in de bovenstaande uitspraken enige lijn te ontdekken? Dit zou het geval zijn indien de hoofdregel van terugwerkende kracht van een nieuw gegeven regel steeds in eenzelfde type gevallen heeft te wijken voor hetzij onmiddellijke werking, hetzij uitgestelde werking en in geval van toepassing van de laatste met kracht van dragende argumenten wordt gekozen voor een bepaalde datum vanaf wanneer de nieuwe regel geldt.

Aan deze eisen lijkt naar Nederlands recht in het geheel niet te zijn voldaan. Waarom in het Pensioenverrekening-arrest en in het Venetiaans huwelijk wél reden zou bestaan voor onmiddellijke werking omdat ‘de eisen van de redelijkheid en billijkheid’ dat ‘in verband met het belang van de rechtszekerheid’ eisen omdat belangrijke groepen van gevallen anders in hun verwachtingen worden gefrustreerd, en dit anders is in bijvoorbeeld Gielen/Assuradeuren, is moeilijk in te zien. De groep van in gemeenschap van goederen gehuwden waarbij één der echtgenoten pensioen heeft opgebouwd is ongetwijfeld groter dan die van verzekeraars die hebben gecontracteerd met ex-veroordeelden, maar dat rechtvaardigt op zichzelf niet een verschillende behandeling. Waarom ook wél

58. Bijv. CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986, 21 en CRvB 13 november 1986, AB 1987, 456.

59. Zie Peter Wattel, Conditional prospective non-overruling, alsmede judgment-driven legislation, NJB 1990, p. 528.

uitsluiting van terugwerkende kracht in Mathilda/RK Schoolbestuur en niet in de verkeersaansprakelijkheid-arresten? Dat de groep getroffen (resp. de ongehuwde leerkrachten op Curaçao en de zwakke verkeersdeelnemers van vóór 1992 of 1993) in dit opzicht wezenlijk anders is, vermag ik niet in te zien. Ten aanzien van de prospective overruling is onvoldoende rechtspraak beschikbaar om een oordeel over de consistentie van die uitspraken in onderling verband te geven. Het ontbreken van een lijn verbaast ook niet waar de Hoge Raad kennelijk zelf geen visie heeft op de vraag wanneer vertrouwen op bestendige rechtspraak bescherming verdient of niet.<sup>60</sup> Een lijn in de rechtspraak over rechterlijk overgangsrecht ontbreekt overigens niet alleen in Nederland. Ook in de Verenigde Staten zijn de beslissingen weinig consistent.<sup>61</sup>

Kunnen dan criteria worden ontwikkeld voor een meer consistent rechterlijk overgangsrecht? Het meest uitgesproken voorstel hieromtrent is afkomstig van Vranken. Hij bepleit – bij afwezigheid van duidelijkheid over de inhoud van een overgangsregeling<sup>62</sup> – adoptie door de rechter van het wettelijk stelsel van overgangsrecht zoals dat geldt op grond van de Overgangswet Nieuw BW. Dat impliceert onmiddellijke werking met uitzonderingen die vergelijkbaar zijn met die van art. 69 Ow en een algemene redelijkheidstoetsing als die van art. 75 Ow.<sup>63</sup> Polak bepleitte eerder een aansluiting bij de Anglo-Amerikaanse ervaringen<sup>64</sup> (die echter niet eenduidig zijn) en een degradatie van de hoofdregel van terugwerkende kracht tot uitzondering.<sup>65</sup>

Ik zelf zou willen differentiëren met als uitgangspunt de eerder genoemde dubbele – en deels tegenstrijdige – functie van de rechter in het huidige staatsbestel (en daarmee de aard van de zaak), de aard van de rechtsverhouding en de aard van de nieuwe regel. Dat de hoogste

60. Zie HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, waarin de Hoge Raad in het midden laat 'onder welke omstandigheden vertrouwen dat de hoogste rechter bij een bepaalde rechtsopvatting zal blijven volharden, bescherming verdient'.

61. Vgl. G. Edward White, *The American Judicial Tradition*, p. 361 (geciteerd in de noot van B. Wachter bij NJ 1982, 570): 'the court showed little coherence either on rationales for prospective application or on the appropriate cut-off dates'.

62. Vgl. Vranken in zijn conclusie bij NJ 1996, 643, nr. 16.

63. Vranken, *Algemeen Deel*, o.c., nr. 254.

64. Polak, o.c., p. 228 e.v.

65. Polak, o.c., p. 250.

rechter zowel een rechtvaardige uitkomst in het gegeven geval heeft te bereiken als zich soms geroepen voelt een algemene regel te geven, impliceert dat de aard van de zaak deels bepalend is voor de vraag of een overgangsregeling moet worden getroffen. In een zaak waarin een grotere groep belanghebbenden dreigt te worden gefrustreerd in hun verwachtingen, is er meer reden voor het aannemen van onmiddellijke werking van de nieuwe regel dan indien de rechter meer in zijn functie van beslisser van het concrete geschil optreedt. In dat laatste geval verzet weinig zich tegen terugwerkende kracht; dat is zelfs beter omdat daarmee precies wordt aangegeven waarom het gaat: een uitleg van een *bestaande* regel zoals die ‘eigenlijk’ begrepen moet worden.

Een tweede factor van betekenis is de aard van de rechtsverhouding. Uit het voorafgaande bleek dat de Hoge Raad geneigd is eerder een regeling van overgangsrecht te treffen in het belastingrecht en sociaal zekerheidsrecht dan in het privaatrecht. Dat verbaast niet: in het publiekrecht – bij uitstek recht in een *ongelijke* verhouding waarbij de burger mag vertrouwen op bestendiging van recht dat hem eenzijdig wordt opgelegd – betekent verandering van recht welhaast automatisch een inbreuk op de rechtszekerheid indien daaraan terugwerkende kracht wordt verleend. In het meest pregnante deel van het publiekrecht, het strafrecht, is dit zelfs zozeer het geval dat terugwerkende kracht wettelijk is uitgesloten (vgl. art. 16 Grondwet en art. 1 Wetboek van Strafrecht). Kortweg geldt dat hoe meer de rechtsverhouding is gevormd door uitoefening van partij-autonomie, hoe minder ingrijpend terugwerkende kracht van de nieuwe regel is. Partijen zijn dan immers zelf reeds in staat om hun verhouding vorm te geven.<sup>66</sup>

Ten slotte is de aard van de nieuwe regel van belang. Ik noem in dit verband twee aspecten. Indien de nieuwe regel bescherming van een zwakkere partij beoogt (zoals in de arresten over verkeersaansprakelijkheid), bestaat aan overgangsrecht minder behoefte. Slachtofferbescherming gaat dan boven het belang van de bescherming van verwachtingen van derden. Van groot belang is ook of de regel geschikt is om gedrag te beïnvloeden. Dit is niet het geval bij regels die min of meer universeel zijn aanvaard (zoals het beginsel

66. Zie voor deze gedachte Burgers, o.c., p. 1231 e.v. Voor de idee dat het belastingrecht zich juist niet leent voor prospective overruling, zie de noot van B. Wachter bij NJ 1982, 570.

van contractvrijheid of van de plicht schade te vergoeden bij onrechtmatig gedrag). Zelfs indien regels van dit type worden gewijzigd, valt daarvan een verandering van het gedrag van betrokkenen niet te verwachten. Enige overgangsregeling is niet nodig. Dit ligt anders bij regels waarvan wel een grote gedragsverandering valt te verwachten (zoals bijvoorbeeld meer technische regels in het procesrecht over termijnen, etc.). Dergelijke regels moeten wel gepaard gaan met een regeling van overgangsrecht; terugwerkende kracht lijkt uitgesloten omdat justitiabelen bij uitstek vertrouwen op handhaving van de (vaak arbitraire) keuze die in het verleden is gemaakt.

De hier bepleite topische benadering van het rechterlijk overgangsrecht stelt ons in staat om te differentiëren tussen verschillende soorten gevallen en rechtsgebieden. Ik ben geen voorstander van een rigoureuze keuze voor hetzij invoering van onmiddellijke werking, hetzij handhaving van de terugwerkende kracht. Rechtsgebieden, rechtsverhoudingen en regels verschillen tezeer als zou hier een eenheid kunnen worden bereikt.



# Gedrag van toen, normen van nu?

*W.H. van Boom en J.M. Barendrecht\**

## 1. INLEIDING

Met moeite hebben wij de verleiding weerstaan om deze inleiding een frivolere naam mee te geven, zoals bijvoorbeeld 'de tijd heelt alle wonden' of 'de tijd zal het leren'. Meestal zijn dit soort gemeenplaatsen zo juist dat men ze zonder gevaar kan gebruiken als opschrift voor een inleiding. Maar wat betreft het aansprakelijkheidsrecht liggen de zaken gecompliceerder. Als het om aansprakelijkheid gaat, heelt de tijd geen wonden. Hooguit is, wanneer de benadeelde na verloop van geruime tijd een schadeclaim geldend wil maken, zijn positie verzwakt. Door tijdsverloop kan bijvoorbeeld een beroep op verjaring of rechtsverwerking mogelijk geworden zijn, is cruciaal bewijsmateriaal verloren gegaan, heeft de aansprakelijke rechtspersoon opgehouden te bestaan of biedt de aansprakelijkheidsverzekeraar geen dekking meer. Aan de kant van de dader kunnen soortgelijke verschijnselen optreden. Dit zijn nauwelijks gronden om te veronderstellen dat de tijd aansprakelijkheidswonden heelt.

De gedachte dat 'de tijd het zal leren' is evenmin hoopgevend. Met deze wijsheid wordt namelijk vaak aangeduid dat datgene wat men thans niet weet of niet zeker weet, in de toekomst wellicht duidelijker zal worden. Maar in aansprakelijkheidskwesities is het leed dan vaak al geleden. Een van de remedies die in het aansprakelijkheidsrecht zijn gevonden voor dergelijke onzekerheid over de toekomst, is het verplichten tot een hoge mate van voorzichtigheid. De onzekerheid die de toekomstige tijd per definitie met zich brengt, moet namelijk geminimaliseerd worden. Daarom kan degene die een activiteit ontplooit die na enige jaren schadelijk blijkt te zijn, zich tegen een latere aansprakelijkheidsclaim niet zomaar verweren met een beroep op de juridische variant op 'de tijd zal het leren' (c.q. 'de tijd heeft het inmiddels geleerd'). Het ontplooiën van een nieuwe activiteit verplicht

\* Mr. W.H. van Boom en prof. mr. J.M. Barendrecht zijn verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.

tot onderzoek naar de risico's verbonden aan die activiteit.<sup>1</sup> Ook als ten tijde van introductie geen zekerheid bestaat over mogelijke risico's op lange termijn, kan toch onbetamelijkheid worden verweten wanneer in dit opzicht onvoldoende rekening is gehouden met de toekomst. De dader moet dus in zekere zin vooruit kijken.

Omgekeerd moeten juristen in dit soort gevallen vaak achteruit kijken. Als bijvoorbeeld een product dat twintig jaar geleden werd geïntroduceerd, thans schadelijke bijwerkingen blijkt te hebben, dan wordt de delictuele aansprakelijkheid van de producent voornamelijk bepaald door de vraag of zijn gedragingen *destijds* onbetamelijk waren.<sup>2</sup> En dus moet de vraag of het opspuiten van een terrein met vervuild havenslib onbetamelijk is, worden beoordeeld volgens de inzichten die ten tijde van het opspuiten bestonden.<sup>3</sup> En of het onbetamelijk is om een terrein als bouwgrond uit te geven waarvan men weet dat er in het verleden chemisch afval is gestort, moet worden beoordeeld naar de rechtsopvattingen ten tijde van uitgifte.<sup>4</sup>

Gedragingen van toen worden getoetst aan de normen van toen; het lijkt zo vanzelfsprekend. Maar de vanzelfsprekendheid van dit uitgangspunt botst soms op de werkbaarheid, en heel soms zelfs ook op de redelijkheid ervan. Want in veel gevallen zal het niet gemakkelijk zijn om gedragingen van twintig tot dertig jaar geleden thans op juiste waarde schatten. Dat geldt zeker wanneer geschreven normen destijds ontbraken. Weet u met nauwkeurigheid en objectiviteit het maatschappelijk leven van zeg vijftwintig jaar geleden te schetsen? Leggen we nu werkelijk maatstaven van toen aan? En zo ja, is dat dan per definitie redelijk?

Dit zijn moeilijke vragen, waar wij geenszins pasklare antwoorden op hebben. We trachten in deze bijdrage daarom niet antwoorden te formuleren, maar we volstaan met een voorlopige analyse van de

1. Zie voor producten bijv. HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas Bleiswijk BV e.a./Rockwool), r.o. 3.5. Vgl. L. Dommering-van Rongen, A&V 2000/2, p. 23-24.
2. Vgl. bij risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten het ontwikkelingsrisico-verweer, dat een zelfde functie lijkt te vervullen. Zie art. 6:185 lid 1 sub *e* BW; vgl. ook art. 6:173 BW en art. 6:175 BW, die vergelijkbare voorwaarden stellen in het bekendheidsvereiste.
3. Hof Den Haag, te kennen uit HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 288 (Maassluis/Rotterdam).
4. HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 nt. C.JHB (Groningen/Zuidema).

materie. Met dat in het achterhoofd bestuderen we daarom nader de werkbaarheid (§ 2) en de redelijkheid (§ 3) van het uitgangspunt dat aansprakelijkheid voor gedragingen uit het verleden moet worden beoordeeld volgens de normen zoals die destijds golden. We besluiten (§ 4) met een inventarisatie van de mogelijke denkrichtingen voor de toekomst.

## 2. TOEPASSING *NU* VAN NORMEN VAN *TOEN*

### 2.1 *Beoordeling door de rechter met behulp van de eigen rechtsovertuiging*

Hoe kan de rechter vaststellen welke ongeschreven normen in het verleden golden? De rechter zal daarbij onder meer de op dat moment geldende rechtsovertuigingen moeten vaststellen.<sup>5</sup> Doet hij dat voor het heden, of voor een kort geleden verstreken moment, dan zal dat weinig problemen opleveren, mede omdat de rechter te rade kan gaan bij zijn eigen rechtsovertuiging, die normaal gesproken dicht bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen zal liggen, omdat de rechter deel uit maakt van de rechtspraktijk waarin die rechtsovertuigingen tot uiting komen. Maar de rechtsovertuigingen kunnen gedurende een procedure al aanmerkelijk veranderen. Gaat het om enkele jaren, dan zal de rechter die beoordeling nog wel op eigen gezag kunnen verrichten.

Voorbeelden leveren twee recente verontreinigingszaken. In de eerste zaak, *Sijpesteijn vs. Oyens*, nam het hof aan dat de verkoper van een woonhuis de plicht heeft om – met het oog op eventuele verontreiniging – spontaan mededeling te doen van de aanwezigheid van een olietank in de tuin.<sup>6</sup> Nu hij dit niet had gedaan, mocht hij volgens het hof de overeengekomen exoneratie niet inroepen. De Hoge Raad oordeelt echter dat de verkeersopvattingen ten tijde van het sluiten van deze koopovereenkomst (medio 1990) niet meebrachten dat een verkoper per definitie, en dus ongeacht zijn feitelijke kennis over eventuele verontreiniging, gehouden was tot een dergelijke mededeling, althans niet op straffe van het geen beroep mogen doen op een overeengekomen exoneratie. In de tweede zaak, *Durlinger vs. Laura Bakens BV*, had het hof aangenomen dat op de

5. Art. 3:12 BW.

6. HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 nt. WMK.

verkoper van een woonhuis de betamelijkheidsplicht rust om voordat hij tot verkoop overgaat, de hem bekende olietank te inspecteren op eventuele lekkages. Ook die norm ging de Hoge Raad te ver.<sup>7</sup> Het hof had volgens de Hoge Raad moeten aangeven of deze plicht ook in 1989 (het jaar waarin de verkoop plaatsvond) al op verkopers rustte, en zo ja waar dit oordeel op berustte. De Hoge Raad vindt het blijkbaar niet voor zich spreken dat deze norm destijds al bestond.

Deze rechtspraak doet de vraag rijzen of sinds 1989-1990 de verkeersopvattingen zich hebben gewijzigd, in die zin dat van een verkoper inmiddels wél mag worden verwacht dat hij over de eventuele aanwezigheid van een ondergrondse stookolietank – door eigen onderzoek gestaafde – mededelingen doet. Dit lijkt ons niet onaanvaardbaar, aangezien de wetgever en plaatselijke overheden inmiddels verstrekkingen regelgeving en bestuurlijke activiteiten hebben ontplooid die huiseigenaren waarschijnlijk wel hebben doordrongen van de mogelijke schade die ondergrondse olietanks kunnen veroorzaken.<sup>8</sup>

## *2.2 Beoordeling op basis van wetgeving, beleidsnota's en rechtspraak uit het verleden*

Het lijkt niet heel moeilijk om in 1996 het tijdsbeeld van 1990 voor ogen te krijgen teneinde vast te stellen welke normen de ongeschreven maatschappelijke betamelijkheid of verkeersopvattingen met zich brachten. Maar het voorbeeld laat wel al zien dat juristen ook dan geneigd zijn om houvast te zoeken bij geschreven tekst, zoals wetgeving of beleidsnota's omtrent ondergrondse olietanks. Dat houvast biedt de rechtspraak zelf ook. Wordt de Hoge Raad in 2010 geconfronteerd met een geval van sluipende schade door een langdurig lekkende olietank, dan kan het arrest *Sijpesteijn vs. Oyens* dienen als aanknopingspunt voor de vraag wat de verkeersopvattingen in 1990 meebrachten voor (verkopers)aansprakelijkheid. Denkbaar is dus dat de rechter verwijst naar vroegere rechtspraak waarin ook reeds betamelijkheidsnormen werden geformuleerd voor een geval dat destijds speelde.<sup>9</sup>

7. HR 28 november 1997, NJ 1998, 658 nt. WMK.

8. Besluit opslaan in ondergrondse tanks, Stb. 1993, 46 (inmiddels: Stb. 1998, 414) en de zogenaamde actie 'Tankslag', gericht op verwijdering van particuliere olietanks.

9. Vgl. bijv. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 895 (Swart/Berkhof), met verwijzing naar

Hoe langer geleden het gedrag waarover moet worden geoordeeld zich heeft voorgedaan, des te groter zal – zo denken wij – de neiging zijn om bij het formuleren van de ongeschreven betamelijkheidsnorm aan te knopen bij geschreven (rechts)bronnen.<sup>10</sup> De bodemsaneringsrechtspraak getuigt hiervan. De civiele rechter heeft in die rechtspraak – die voornamelijk dateert van begin jaren negentig – een reconstructie gemaakt van beleidsontwikkelingen en wetgeving sinds de vroege jaren zestig, ter beantwoording van de vraag vanaf welk moment vervuilers er rekening mee moesten houden dat de Staat zich het belang van de schone bodem zou gaan aantrekken en dat als gevolg daarvan kosten van bodemsanering voor de Staat zouden ontstaan.<sup>11</sup> In de zaak *Van Wijngaarden vs. Staat* beslist het Hof Den Bosch, na bespreking van de historische ontwikkeling van het overheidsbeleid, dat dit moment ‘begin jaren zeventig’ moet worden geplaatst, en voor Van Wijngaarden ‘vanaf 1972’. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat hij zelfstandig de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen kan beoordelen, ‘aangezien die opvattingen naar voren komen uit parlementaire stukken.’ Bovendien is een uitspraak van de Hoge Raad hierover wenselijk omdat de verschillende rechters uiteenlopende tijdstippen hanteren, hetgeen de rechtszekerheid en rechtseenheid niet ten goede komt. Wat volgt in het arrest *Van Wijngaarden vs. Staat* is een opsomming van parlementaire stukken, waaruit blijkt dat ergens tussen 1970 en 1980 de omslag heeft plaatsgevonden. Uiteindelijk legt de Hoge Raad, zoals bekend, het omslagpunt met een min of meer vaste datum op 1 januari 1975.<sup>12</sup>

HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 nt. GJS (Ebele Dillema I), ten bewijze dat slachtofferbescherming in het verkeersaansprakelijkheidsrecht reeds in 1978 werd aangenomen voor een ongeval uit 1970.

10. Zie Hof Amsterdam 16 oktober 1997, TMA 1999/4, p. 128 nt. J.V. van Ophem (Amsterdam Fertilizers/DSM) voor een geval waarin dit waarschijnlijk niet geschiedde met als gevolg dat verkoper DSM bij een koopovereenkomst uit 1982 een mededelingsplicht werd opgelegd volgens de stand van het recht van 1997.
11. Zie HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort), r.o. 4.1-4.2 en Hof Den Bosch 23 april 1990, r.o. 4.6, te kennen uit HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat).
12. HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat). Het ‘prikken’ van een vast tijdstip, zoals de Hoge Raad dat deed in dit arrest, kan overigens welkom houvast bieden bij de reconstructie van maatschappelijke betamelijkheid in de verleden tijd. Vgl. J.M. Barendrecht, De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in

Het is een betrekkelijk veilige wijze om, zoals in *Van Wijngaarden vs. Staat*, de betamelijkheidsnorm op de tijdsbalk te plaatsen met behulp van parlementaire stukken. Maar dat kan natuurlijk niet altijd. En zelfs als het gaat om het vaststellen van de ontwikkeling in de jaren zeventig van de maatschappelijke opvattingen over bodemverontreiniging, lijkt het minder juist om alleen te vertrouwen op geschreven bronnen zoals parlementaire stukken. Geven parlementaire stukken wel een volledig beeld van de (destijds) levende maatschappelijke opvattingen?

Het is kortom begrijpelijk dat de rechter houvast zoekt in geschreven (rechts)bronnen, maar het zou niet juist zijn om bijvoorbeeld de inwerkingtreding van relevante regelgeving per definitie als het moment te kiezen waarop de betamelijkheid tot een bepaalde handeling verplicht. De plicht om betamelijkheid in acht te nemen is toch vooral ook een ongeschreven norm. Stel bijvoorbeeld dat in de gezondheidkundige literatuur in ons land sinds midden jaren tachtig is gewezen op de legionella-risico's verbonden aan bubbelbaden, dan staat het de rechter vrij om aan te nemen dat door de bubbelbadbranche in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid sinds het einde van de jaren tachtig met zich brengt dat zij hun kopers daarover instrueren en bij openbare tentoonstellingen de nodige voorzorgsmaatregelen treffen.<sup>13</sup> Aan het thans formuleren van een dergelijke betamelijkheidsnorm staat afwezigheid van wettelijke voorschriften niet in de weg.

### *2.3 Beoordeling op basis van medische en vakmatige inzichten*

Beoordeling van gedrag in het verleden is vaak niet mogelijk op basis van geschreven rechtsbronnen uit die tijd. Wanneer die ontbreken komt de rechter in een moeilijk parket. Hij is aangewezen op het

drievoud, in: J.M. Barendrecht, E. Bauw (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw - aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 72. Het voordeel van hanteerbaarheid en rechtseenheid weegt dan op tegen het soms wat arbitraire karakter van een vast tijdstip. Bovendien zou de rechter de mogelijkheid kunnen laten bestaan om, zoals in *Van Wijngaarden vs. Staat* (r.o. 3.8 i.f.), in uitzonderlijke gevallen af te wijken van de vaste datum. Een vast tijdstip is met name dan nuttig indien het toegepast kan worden in een groot aantal vergelijkbare rechtszaken, dus bijvoorbeeld bij massale claims van verschillende slachtoffers tegen verschillende producenten van identiek gebrekkige producten.

13. Vgl. Pres. Rb. Alkmaar 23 december 1999, te vinden op: [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), dossiernr. AA4000.

invullen van de betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW aan de hand van algemene noties als de Kelderluik-criteria: de mate van voorzienbaarheid van het nadeel, de kans dat dit nadeel zich verwezenlijkt, de omvang van het eventuele nadeel en de kosten van eventuele veiligheidsmaatregelen. Bij ernstige risico's, zoals die van asbestgerelateerde kanker, zal het dan vaak hangen op de voorzienbaarheid. Om te kunnen beoordelen wat men destijds behoorde te doen, zal de rechter dan met name moeten vaststellen over welke kennis de dader destijds beschikte om zijn gedrag te kunnen bepalen. Met welke risico's kon hij destijds redelijkerwijs rekening houden? Welke veiligheidsmaatregelen waren destijds redelijkerwijs mogelijk? Daar zit echter ook weer een normatieve kant aan: door op de werkgever al dan niet een zwaardere onderzoeksplicht naar risico's en veiligheidsmaatregelen te leggen, kan de aansprakelijkheid worden verzwaaard dan wel verlicht.

In de recente rechtszaken tegen scheepswerf De Schelde gaat het bijvoorbeeld steeds om de aansprakelijkheid jegens oud-werknemers die in de jaren vijftig of zestig bij de werf asbestgerelateerde kanker hebben opgelopen. Wanneer nu, twintig tot veertig jaar later, de ziekte zich openbaart, moet worden geconstateerd dat destijds specifieke wetgeving en concreet overheidsbeleid ontbraken. De rechter kan daar dus geen houvast aan ontlenen, maar toch moet hij beoordelen vanaf welk tijdstip de werkgever maatregelen had behoren te treffen tegen destijds alom bekende, en ook tegen minder bekende gezondheidsgevaaren van asbest. Of de werkgever in zijn zorgplicht tekortschoot, kan nu slechts worden beoordeeld door reconstructie van de destijds geldende maatschappelijke betamelijkheid. De Hoge Raad overweegt in *Cijsouw vs. De Schelde II*.<sup>14</sup>

'dat de vraag of De Schelde in strijd met art. 1638x heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, wanneer zoals hier het geval is wettelijke normen ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen.'

Dat De Schelde niet meer of anders deed dan andere scheepswerven destijds deden, betekent nog niet dat in overeenstemming met de toenmalige maatschappelijke opvattingen werd gehandeld. Maar wat is dan een goed indicator voor de destijds levende maatschappelijke

14. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV.

opvattingen?

In deze asbestzaken lijkt inderdaad veel nadruk te liggen op de ontwikkelingen in de medische wetenschap en hetgeen werkgever behoorde te doen met die inzichten.<sup>15</sup> In de medische literatuur was voor, en in toenemende mate ná de Tweede Wereldoorlog, gewezen op verschillende risico's van asbest en werden aanbevelingen gedaan om die risico's terug te brengen. Aan die inzichten wordt veel waarde gehecht en, alhoewel de werkgever wel een termijn wordt geboden om de medische inzichten op de werkvloer te implementeren, wordt wel van hem verwacht dat hij zelfstandig – dat wil zeggen: ook zonder dat er door toezichthoudende overheidsinstanties op maatregelen wordt aangedrongen – een juiste inschatting van de risico's maakt met behulp van de meest recente medische inzichten.

Deze plicht om 'iets te doen' met medische inzichten zal ongetwijfeld ook een belangrijke rol gaan spelen in eventuele tabaksclaims.<sup>16</sup> In de jaren vijftig en zestig was al materiaal voorhanden dat op de (mogelijke) gezondheidsrisico's van roken wees. Hadden tabaksproducenten toen al maatregelen moeten treffen, zoals het aanbrenge van waarschuwingen op productverpakkingen?

### 3. BEOORDELING VAN DEZE AANPAK

#### 3.1 *Leggen we de lat achteraf te hoog?*

In hoeverre levert deze aanpak redelijke resultaten op? Soms is er twijfel of we niet te streng zijn over het verleden. In *Cijsouw vs. De Schelde II* (1998) wordt in essentie geoordeeld dat de werkgever ook in 1949 al de zorgplicht had om toe te zien op naleving van de vereiste (maar let wel: ongeschreven) veiligheidsmaatregelen, ongeacht of naleving in vergelijkbare bedrijven toen gebruikelijk was.<sup>17</sup> In *Janssen vs. Nefabas* (1990) was de uitkomst dat een goed werkgever al in 1948

15. Zie bijv. Hof Den Haag 25 februari 1997 (*Cijsouw/De Schelde II*), Hof Den Haag 4 maart 1997 (*De Schelde/Wijkhuizen*), A&V 1997/3, p. 74 nt. Ch.H. van Dijk.

16. Vgl. ook A.T. Bolt en J. Spier, *Handelingen NJV 1996-I*, p. 385, A-G Spier, conclusie voor HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV (*De Schelde/Erven Cijsouw*), alwaar bijv. voorspellingen worden gedaan over aansprakelijkheid voor RSI. Vgl. over deze zgn. nieuwe risico's ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25 000 XV, nr. 58, p. 4 (kabinetsstandpunt n.a.v. rapport commissie De Ruiters) en N. Frenk, *NJB 1999*, p. 1547 e.v.

17. Zie r.o. 3.3.3.



jegens zijn werknemers verplicht was om zichzelf zoveel mogelijk op de hoogte te stellen van de gezondheidsgevaaren verbonden aan asbest.<sup>18</sup> Dat zijn stuk voor stuk zware zorgplichten, waarvan het minst genomen twijfelachtig is of deze ook aan het einde van de jaren veertig kenbaar waren aan werkgevers. Door veertig á vijftig jaar na dato te oordelen dat de betamelijkheid ook toen al deze plichten met zich bracht, bestaat het risico dat de rechter strengere normen toepast dan toen werkelijk gangbaar waren. En als de normen destijds ook werkelijk al zo streng waren, dan waren ze in elk geval niet altijd kenbaar voor werkgevers. Die konden uiteraard geen kennis nemen van deze (latere) rechtspraak, en destijds was er geen rechtspraak die in deze richting wees. Dat die rechtspraak ontbrak, is goeddeels toe te schrijven aan het feit dat werkgeversaansprakelijkheid tot afschaffing van de Ongevallenwet in 1967 min of meer wettelijk uitgesloten was.<sup>19</sup> Vranken vraagt zich daarom terecht af of hier werkelijk normen van toen worden toegepast.<sup>20</sup> En zo zal het er misschien ook aan toegaan bij tabakclaims. Maar is het reëel om in de 21ste eeuw te oordelen dat een ongeschreven betamelijkheidsnorm tabaksproducenten er reeds in de jaren '50 en '60 van de vorige eeuw toe noopte om bijvoorbeeld te waarschuwen tegen de (mogelijke) gezondheidsgevaaren van roken? Wij zijn er niet zeker van.

### *3.2 Vervorming van de gedragstoets tot impliciete risicotoedeling?*

Waar geen onbetamelijkheid is volgens de relevante opvattingen en inzichten ten tijde van de daad, is geen aansprakelijkheid. Waar geen aansprakelijkheid is, blijft een groep benadeelden met de schade zitten. Dat is inherent aan een stelsel van aansprakelijkheidsrecht dat een gedragstoets aanlegt en op basis daarvan verplaatsing van geleden schade mogelijk maakt. Wel kennen wij binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad specifieke aansprakelijkheden die ook dan ontstaan wanneer de aansprakelijke ten tijde van zijn daad niet onbetamelijk handelde. Gedacht kan worden aan overheidsaansprakelijkheid voor toepassing van dwangmiddelen en voor vernietigde beschikkingen en aan de aansprakelijkheid van de beslag-

18. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 nt. PAS (Janssen/Nefabas).

19. Zie uitgebreid H. Vinke, *Werknemerscompensatie bij beroepsgebonden schade*, Den Haag: SDU 1997, p. 1 e.v.

20. Noot onder HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 (De Schelde/Erven Cijssouw).

legger.<sup>21</sup> Maar die gevallen zien kort gezegd op de risicotoedeling bij het vervallen van een in eerste instantie aanwezige rechtvaardigingsgrond, en worden – voor zover het de overheid betreft – gerechtvaardigd door openlijke ‘policy’-argumenten. Het is niet waarschijnlijk dat een dergelijke risicotoedeling ook past bij gedragingen van particulieren uit het verleden.

Maar wie weet: misschien ziet de Hoge Raad in het massale karakter van enerzijds geldelijk gewin en anderzijds gezondheidschade veroorzaakt door productie van tabaksproducten, aanleiding om – met referte aan overheidsaansprakelijkheid – aansprakelijkheid van tabaksproducenten aan te nemen, met als grondslag dat het redelijker is om dergelijke schade voor rekening van ‘het collectief’ van tabaksproducenten te brengen dan om de individuele benadeelde er mee te laten zitten. Met gedragstoetsing zou dat echter niet zoveel meer te maken hebben. Een dergelijke aansprakelijkheid voor niet-onrechtmatige gedragingen uit het verleden zou voorspelbaarheid – en dus rechtszekerheid en verzekeraarbaarheid<sup>22</sup> – opofferen aan ‘verdelende rechtvaardigheid’. Dat gaat zeer ver. Geconstateerd kan echter worden dat dit in wezen ook gebeurt als men thans een uiterst strenge betamelijkheidsnorm formuleert voor gedragingen uit het verleden, die destijds minst genomen niet kenbaar was (en wellicht ook niet gold).

### *3.3 Slachtofferbescherming?*

Wat zich hier wreekt is, zoals zo vaak, de dubbele doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht. Uit het oogpunt van preventie en het bewaken van de redelijkheid richting de dader zal men moeten afstemmen op de normen die golden ten tijde van het handelen van de dader. Maar bezien vanaf de andere kant van de causale keten, waar het slachtoffer zich bevindt en waar de doelstelling van compensatie moet worden gerealiseerd, is het beeld anders. Het slachtoffer, en degenen die hem bescherming willen verlenen, zullen de neiging hebben de normen aan te leggen die voor slachtofferbescherming golden ten tijde van het

21. Zie recentelijk HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 nt. CJHB (Ontvanger/Bos).

22. Zie over aansprakelijkheid ‘met terugwerkende kracht’ (en de verzekeringsaspecten daarvan) bijv. T. Hartlief en J. Spier, A&V 1994/2, p. 27 e.v. en M. Faure, A&V 1998/1, p. 1 e.v. Vgl. voor het rechtszekerheidsargument HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort), r.o. 3.1.4.

ontstaan van het slachtofferschap. Waarom, zo zullen zij zich afvragen, zou een slachtoffer van lang geleden veroorzaakte schade in de huidige tijd minder bescherming krijgen dan soortgelijke slachtoffers, alleen omdat de causale keten in zijn geval in de tijd is uitgerekt? Het is een vraag die gerechtvaardigd is, al is het binnen het bestek van het geldende systeem wel duidelijk hoe het antwoord moet luiden.

Ondertussen is er wel behoefte om het slachtoffer in dit soort situaties tegemoet te komen. Behalve door oprekking van dat wat als gedragsnorm voor het verleden wordt aangenomen, ziet men dat sommige categorieën slachtoffers enige compensatie krijgen van de Staat. Voor bepaalde asbestslachtoffers geldt dat bijvoorbeeld.<sup>23</sup>

### *3.4 Een algemenere risicoverdeling bij 'longtail-risico's'?*

Men zou zich kunnen voorstellen dat voor dit type gevallen structurelere oplossingen worden bedacht. Er komen steeds nieuwe producten op de markt en er worden nieuwe werkmethoden ontwikkeld. Normaal gesproken zal bij het ontstaan van nieuwe economische activiteiten vrij snel duidelijk zijn welke de risico's daarvan zijn. Dan kan het aansprakelijkheidsrecht corrigerend optreden en zullen mede onder invloed daarvan snel de nodige veiligheidsmaatregelen zijn ontwikkeld en genomen.

Soms duurt het echter langer voordat de risico's bekend worden: asbest, milieugevaarlijke werkwijzen, borstprothesen, en tabak zijn de bekendste voorbeelden. Dan kan een product of activiteit inmiddels zo wijd zijn verspreid en 'ingeburgerd', dat massaschades ontstaan en dat de bovengeschetste problemen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid opkomen. Men zou dit als een algemeen risico van maatschappelijke vooruitgang kunnen zien, waarvoor bijzondere oplossingen gerechtvaardigd zijn.

De Hoge Raad heeft in de 30 september-arresten al eens op dit element gezinspeeld, maar hij heeft daarbij gekozen voor het geheel laten vervallen van aansprakelijkheid.<sup>24</sup> Men zou ook kunnen kiezen voor een oplossing waarbij dergelijke risico's worden verdeeld over de betrokkenen: degenen die de achteraf schadelijk blijkende activiteiten hebben ontplooid en hun verzekeraars, hun huidige

23. Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers, Stct. 2000/16, p. 9.

24. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 nt. CJHB, r.o. 3.8.1.

consumenten die daarvan ook profiteren, de overheid en de slachtoffers. In wezen is dat ook het soort oplossingen die in de Verenigde Staten aan het ontstaan is voor de tabaksclaims. Fabrikanten in de vorm van schadeloosstellingen, huidige consumenten in de vorm van prijsstijgingen, overheid en slachtoffers in de vorm van voor hun rekening blijvende schade, dragen ieder hun deel bij aan de oplossing.

De vraag is natuurlijk of het aansprakelijkheidsrecht het middel moet zijn om een dergelijke verdeling tot stand te brengen. Dat zou op basis van een 'creatieve' toepassing van art. 6:162, 6:97, 98, 101, 102 en 109 BW wel mogelijk zijn, maar misschien is het beter om hiervoor een separate wettelijke voorziening te treffen.<sup>25</sup> Een goede en evenwichtige oplossing van deze problematiek zou wel een groot deel van de soms bovenmatige druk op het aansprakelijkheidsrecht wegnemen. Want het is de laatste decennia heel vaak over dit type problemen gegaan.

#### 4. UITLEIDING

We hadden deze slotparagraaf een obligate titel als 'blik vooruit' of 'lessen voor de toekomst' kunnen meegeven. Wat betreft het aansprakelijkheidsrecht liggen de zaken echter gecompliceerder. Er zijn tegenstrijdige factoren en belangen die hun plaats binnen het aansprakelijkheidsrecht opeisen. Zo is er bijvoorbeeld de druk op het aansprakelijkheidsrecht om 'long tail'-aansprakelijkheid te creëren, ook daar waar naar alle waarschijnlijkheid geen sprake was van onbetamelijk gedrag.<sup>26</sup> Daarmee hangt samen dat de maatschappelijke functie van het aansprakelijkheidsrecht verandering ondergaat. Steeds vaker wordt het aansprakelijkheidsrecht over één kam geschoren met alternatieve schadeloosstellingen zoals die uit sociale verzekeringen en bijzondere voorzieningen als het Schadefonds geweldsmisdrijven, de Wet tegemoetkoming rampschade en andere regelingen ten behoeve

25. Zie over dergelijke schadefondsen bijv. L. Dommering-van Rongen, Schade vergoeden door Fondsvorming, oratie 1996, J.P. Hustinx en C.J.J.M. Stolker, VA 1997/2, p. 58 e.v.

26. Tekenend in dit verband is ook de toenemende druk op art. 3:310 BW bij verjaring van 'long tail' letselschadegevallen.

van specifieke groepen van getroffen en.<sup>27</sup>

Er zijn echter grenzen: het aansprakelijkheidsrecht is ongeschikt om als sociale zekerheid voor schrijnende (letsel)schadegevallen te dienen. Het aansprakelijkheidsrecht is namelijk niet alleen een middel om leed met financiële tegemoetkomingen te verzachten, maar vooral ook een gedragstoets gericht tot de dader. We moeten echter wel constateren dat het aansprakelijkheidsrecht voor de rechter het enige instrument is om de schade zoveel als mogelijk daar neer te leggen waar hij haar *wil* neerleggen. De rechter beschikt voor ‘long tail’-schadegevallen namelijk niet over de mogelijkheid om een alternatief schadefonds in het leven te roepen, waarmee de lasten worden gespreid over alle belanghebbenden. De rechter kan niet of nauwelijks beleidskeuzes maken voor bijvoorbeeld genormeerde schadevergoeding, vaste vergoedingsmaxima en omslagpercentages.

Efficiënte en voor alle betrokkenen billijke oplossingen moeten daarom misschien beter buiten de rechter, buiten het aansprakelijkheidsrecht worden gevonden. Maar hoe krijg je partijen daartoe om tafel? Welke prikkel is er bijvoorbeeld voor thans producerende tabaksproducenten om vrijwillig tot vorming van een fonds over te gaan om de kosten van gezondheidszorg voor tabaksslachtoffers te dekken? Het Ministerie van VWS is inmiddels – zo hebben we uit persberichten begrepen – wel benieuwd naar de mogelijkheden op dit punt. Moet dat worden opgevat als een uitnodiging aan de tabaksindustrie om aan de onderhandelingstafel plaats te nemen, met wettelijke accijnsmaatregelen of verhaalswetgeving als stok achter de deur?<sup>28</sup>

Het gaat hier om belangrijke kwesties die nadere overdenking verdienen. Is het bijvoorbeeld wel wenselijk om producenten van ‘vandaag’ de schade ‘van toen’ te laten vergoeden, bijvoorbeeld in de vorm van een wettelijk omslag- en fondsstelsel?<sup>29</sup> En als men aan een wettelijk kader denkt, hoe moet dat er dan uitzien? Moet het beperkt

27. Zie over deze ontwikkelingen bijv. T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden 1997 en M. Faure en T. Hartlief, *NJB* 1998, p. 1135 e.v.

28. Het doet denken aan de ‘deal’ die vuurwapenfabrikant Smith & Wesson onlangs met de Amerikaanse federale overheid sloot; de vuurwapenfabrikant verplichtte zich tot zorgvuldiger productie en afzet, in ruil voor verval van aansprakelijkheid jegens de federale overheid voor gezondheidskosten door vuurwapengebruik.

29. Zie daarover bijv. M.G. Faure en T. Hartlief, *RM Themis* 1998/7, p. 218 e.v.

zijn tot specifieke gevallen van 'long tail'-schade?<sup>30</sup> Of moet er een algemene 'wet op de fondsvorming' komen waarmee het aansprakelijkheidsrecht desgewenst (bij AMvB) buiten werking kan worden gesteld? Hoe moet het recht op schadevergoeding worden genormeerd of gemaximeerd? Moet het aansprakelijkheidsrecht geheel uitgesloten worden, of is een restfunctie zinvol? Wij denken dat dit de vragen zijn waar de rechtswetenschap en rechtspraak zich de komende jaren in toenemende mate mee bezig zullen moeten houden. Dan toch maar de 'blik vooruit'...?

30. Blijkens een bericht in Vrij Nederland (11 december 1999) staat een dergelijke specifieke wet de DES-fabrikanten voor ogen; zij schijnen bereid te zijn een schadefonds te voeden, indien ze in ruil daarvoor van verdere aansprakelijkheid worden ontheven.

# Gedrag van toen, normen van nu?

*W.H. van Boom en J.M. Barendrecht\**

## 1. INLEIDING

Met moeite hebben wij de verleiding weerstaan om deze inleiding een frivolere naam mee te geven, zoals bijvoorbeeld 'de tijd heelt alle wonden' of 'de tijd zal het leren'. Meestal zijn dit soort gemeenplaatsen zo juist dat men ze zonder gevaar kan gebruiken als opschrift voor een inleiding. Maar wat betreft het aansprakelijkheidsrecht liggen de zaken gecompliceerder. Als het om aansprakelijkheid gaat, heelt de tijd geen wonden. Hooguit is, wanneer de benadeelde na verloop van geruime tijd een schadeclaim geldend wil maken, zijn positie verzwakt. Door tijdsverloop kan bijvoorbeeld een beroep op verjaring of rechtsverwerking mogelijk geworden zijn, is cruciaal bewijsmateriaal verloren gegaan, heeft de aansprakelijke rechtspersoon opgehouden te bestaan of biedt de aansprakelijkheidsverzekeraar geen dekking meer. Aan de kant van de dader kunnen soortgelijke verschijnselen optreden. Dit zijn nauwelijks gronden om te veronderstellen dat de tijd aansprakelijkheidswonden heelt.

De gedachte dat 'de tijd het zal leren' is evenmin hoopgevend. Met deze wijsheid wordt namelijk vaak aangeduid dat datgene wat men thans niet weet of niet zeker weet, in de toekomst wellicht duidelijker zal worden. Maar in aansprakelijkheidskwesities is het leed dan vaak al geleden. Een van de remedies die in het aansprakelijkheidsrecht zijn gevonden voor dergelijke onzekerheid over de toekomst, is het verplichten tot een hoge mate van voorzichtigheid. De onzekerheid die de toekomstige tijd per definitie met zich brengt, moet namelijk geminimaliseerd worden. Daarom kan degene die een activiteit ontplooit die na enige jaren schadelijk blijkt te zijn, zich tegen een latere aansprakelijkheidsclaim niet zomaar verweren met een beroep op de juridische variant op 'de tijd zal het leren' (c.q. 'de tijd heeft het inmiddels geleerd'). Het ontplooiën van een nieuwe activiteit verplicht

\* Mr. W.H. van Boom en prof. mr. J.M. Barendrecht zijn verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.

tot onderzoek naar de risico's verbonden aan die activiteit.<sup>1</sup> Ook als ten tijde van introductie geen zekerheid bestaat over mogelijke risico's op lange termijn, kan toch onbetamelijkheid worden verweten wanneer in dit opzicht onvoldoende rekening is gehouden met de toekomst. De dader moet dus in zekere zin vooruit kijken.

Omgekeerd moeten juristen in dit soort gevallen vaak achteruit kijken. Als bijvoorbeeld een product dat twintig jaar geleden werd geïntroduceerd, thans schadelijke bijwerkingen blijkt te hebben, dan wordt de delictuele aansprakelijkheid van de producent voornamelijk bepaald door de vraag of zijn gedragingen *destijds* onbetamelijk waren.<sup>2</sup> En dus moet de vraag of het opspuiten van een terrein met vervuild havenslib onbetamelijk is, worden beoordeeld volgens de inzichten die ten tijde van het opspuiten bestonden.<sup>3</sup> En of het onbetamelijk is om een terrein als bouwgrond uit te geven waarvan men weet dat er in het verleden chemisch afval is gestort, moet worden beoordeeld naar de rechtsopvattingen ten tijde van uitgifte.<sup>4</sup>

Gedragingen van toen worden getoetst aan de normen van toen; het lijkt zo vanzelfsprekend. Maar de vanzelfsprekendheid van dit uitgangspunt botst soms op de werkbaarheid, en heel soms zelfs ook op de redelijkheid ervan. Want in veel gevallen zal het niet gemakkelijk zijn om gedragingen van twintig tot dertig jaar geleden thans op juiste waarde schatten. Dat geldt zeker wanneer geschreven normen destijds ontbraken. Weet u met nauwkeurigheid en objectiviteit het maatschappelijk leven van zeg vijftwintig jaar geleden te schetsen? Leggen we nu werkelijk maatstaven van toen aan? En zo ja, is dat dan per definitie redelijk?

Dit zijn moeilijke vragen, waar wij geenszins pasklare antwoorden op hebben. We trachten in deze bijdrage daarom niet antwoorden te formuleren, maar we volstaan met een voorlopige analyse van de

1. Zie voor producten bijv. HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas Bleiswijk BV e.a./Rockwool), r.o. 3.5. Vgl. L. Dommering-van Rongen, A&V 2000/2, p. 23-24.
2. Vgl. bij risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten het ontwikkelingsrisico-verweer, dat een zelfde functie lijkt te vervullen. Zie art. 6:185 lid 1 sub *e* BW; vgl. ook art. 6:173 BW en art. 6:175 BW, die vergelijkbare voorwaarden stellen in het bekendheidsvereiste.
3. Hof Den Haag, te kennen uit HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 288 (Maassluis/Rotterdam).
4. HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 nt. C.JHB (Groningen/Zuidema).



materie. Met dat in het achterhoofd bestuderen we daarom nader de werkbaarheid (§ 2) en de redelijkheid (§ 3) van het uitgangspunt dat aansprakelijkheid voor gedragingen uit het verleden moet worden beoordeeld volgens de normen zoals die destijds golden. We besluiten (§ 4) met een inventarisatie van de mogelijke denkrichtingen voor de toekomst.

## 2. TOEPASSING *NU* VAN NORMEN VAN *TOEN*

### 2.1 *Beoordeling door de rechter met behulp van de eigen rechtsovertuiging*

Hoe kan de rechter vaststellen welke ongeschreven normen in het verleden golden? De rechter zal daarbij onder meer de op dat moment geldende rechtsovertuigingen moeten vaststellen.<sup>5</sup> Doet hij dat voor het heden, of voor een kort geleden verstreken moment, dan zal dat weinig problemen opleveren, mede omdat de rechter te rade kan gaan bij zijn eigen rechtsovertuiging, die normaal gesproken dicht bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen zal liggen, omdat de rechter deel uit maakt van de rechtspraktijk waarin die rechtsovertuigingen tot uiting komen. Maar de rechtsovertuigingen kunnen gedurende een procedure al aanmerkelijk veranderen. Gaat het om enkele jaren, dan zal de rechter die beoordeling nog wel op eigen gezag kunnen verrichten.

Voorbeelden leveren twee recente verontreinigingszaken. In de eerste zaak, *Sijpesteijn vs. Oyens*, nam het hof aan dat de verkoper van een woonhuis de plicht heeft om – met het oog op eventuele verontreiniging – spontaan mededeling te doen van de aanwezigheid van een olietank in de tuin.<sup>6</sup> Nu hij dit niet had gedaan, mocht hij volgens het hof de overeengekomen exoneratie niet inroepen. De Hoge Raad oordeelt echter dat de verkeersopvattingen ten tijde van het sluiten van deze koopovereenkomst (medio 1990) niet meebrachten dat een verkoper per definitie, en dus ongeacht zijn feitelijke kennis over eventuele verontreiniging, gehouden was tot een dergelijke mededeling, althans niet op straffe van het geen beroep mogen doen op een overeengekomen exoneratie. In de tweede zaak, *Durlinger vs. Laura Bakens BV*, had het hof aangenomen dat op de

5. Art. 3:12 BW.

6. HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 nt. WMK.

verkoper van een woonhuis de betamelijkheidsplicht rust om voordat hij tot verkoop overgaat, de hem bekende olietank te inspecteren op eventuele lekkages. Ook die norm ging de Hoge Raad te ver.<sup>7</sup> Het hof had volgens de Hoge Raad moeten aangeven of deze plicht ook in 1989 (het jaar waarin de verkoop plaatsvond) al op verkopers rustte, en zo ja waar dit oordeel op berustte. De Hoge Raad vindt het blijkbaar niet voor zich spreken dat deze norm destijds al bestond.

Deze rechtspraak doet de vraag rijzen of sinds 1989-1990 de verkeersopvattingen zich hebben gewijzigd, in die zin dat van een verkoper inmiddels wél mag worden verwacht dat hij over de eventuele aanwezigheid van een ondergrondse stookolietank – door eigen onderzoek gestaafde – mededelingen doet. Dit lijkt ons niet onaanvaardbaar, aangezien de wetgever en plaatselijke overheden inmiddels verstrekkingen regelgeving en bestuurlijke activiteiten hebben ontplooid die huiseigenaren waarschijnlijk wel hebben doordrongen van de mogelijke schade die ondergrondse olietanks kunnen veroorzaken.<sup>8</sup>

## *2.2 Beoordeling op basis van wetgeving, beleidsnota's en rechtspraak uit het verleden*

Het lijkt niet heel moeilijk om in 1996 het tijdsbeeld van 1990 voor ogen te krijgen teneinde vast te stellen welke normen de ongeschreven maatschappelijke betamelijkheid of verkeersopvattingen met zich brachten. Maar het voorbeeld laat wel al zien dat juristen ook dan geneigd zijn om houvast te zoeken bij geschreven tekst, zoals wetgeving of beleidsnota's omtrent ondergrondse olietanks. Dat houvast biedt de rechtspraak zelf ook. Wordt de Hoge Raad in 2010 geconfronteerd met een geval van sluipende schade door een langdurig lekkende olietank, dan kan het arrest *Sijpesteijn vs. Oyens* dienen als aanknopingspunt voor de vraag wat de verkeersopvattingen in 1990 meebrachten voor (verkopers)aansprakelijkheid. Denkbaar is dus dat de rechter verwijst naar vroegere rechtspraak waarin ook reeds betamelijkheidsnormen werden geformuleerd voor een geval dat destijds speelde.<sup>9</sup>

7. HR 28 november 1997, NJ 1998, 658 nt. WMK.

8. Besluit opslaan in ondergrondse tanks, Stb. 1993, 46 (inmiddels: Stb. 1998, 414) en de zogenaamde actie 'Tankslag', gericht op verwijdering van particuliere olietanks.

9. Vgl. bijv. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 895 (Swart/Berkhof), met verwijzing naar

Hoe langer geleden het gedrag waarover moet worden geoordeeld zich heeft voorgedaan, des te groter zal – zo denken wij – de neiging zijn om bij het formuleren van de ongeschreven betamelijkheidsnorm aan te knopen bij geschreven (rechts)bronnen.<sup>10</sup> De bodemsaneringsrechtspraak getuigt hiervan. De civiele rechter heeft in die rechtspraak – die voornamelijk dateert van begin jaren negentig – een reconstructie gemaakt van beleidsontwikkelingen en wetgeving sinds de vroege jaren zestig, ter beantwoording van de vraag vanaf welk moment vervuilers er rekening mee moesten houden dat de Staat zich het belang van de schone bodem zou gaan aantrekken en dat als gevolg daarvan kosten van bodemsanering voor de Staat zouden ontstaan.<sup>11</sup> In de zaak *Van Wijngaarden vs. Staat* beslist het Hof Den Bosch, na bespreking van de historische ontwikkeling van het overheidsbeleid, dat dit moment ‘begin jaren zeventig’ moet worden geplaatst, en voor Van Wijngaarden ‘vanaf 1972’. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat hij zelfstandig de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen kan beoordelen, ‘aangezien die opvattingen naar voren komen uit parlementaire stukken.’ Bovendien is een uitspraak van de Hoge Raad hierover wenselijk omdat de verschillende rechters uiteenlopende tijdstippen hanteren, hetgeen de rechtszekerheid en rechtseenheid niet ten goede komt. Wat volgt in het arrest *Van Wijngaarden vs. Staat* is een opsomming van parlementaire stukken, waaruit blijkt dat ergens tussen 1970 en 1980 de omslag heeft plaatsgevonden. Uiteindelijk legt de Hoge Raad, zoals bekend, het omslagpunt met een min of meer vaste datum op 1 januari 1975.<sup>12</sup>

HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 nt. GJS (Ebele Dillema I), ten bewijze dat slachtofferbescherming in het verkeersaansprakelijkheidsrecht reeds in 1978 werd aangenomen voor een ongeval uit 1970.

10. Zie Hof Amsterdam 16 oktober 1997, TMA 1999/4, p. 128 nt. J.V. van Ophem (Amsterdam Fertilizers/DSM) voor een geval waarin dit waarschijnlijk niet geschiedde met als gevolg dat verkoper DSM bij een koopovereenkomst uit 1982 een mededelingsplicht werd opgelegd volgens de stand van het recht van 1997.
11. Zie HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort), r.o. 4.1-4.2 en Hof Den Bosch 23 april 1990, r.o. 4.6, te kennen uit HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat).
12. HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat). Het ‘prikken’ van een vast tijdstip, zoals de Hoge Raad dat deed in dit arrest, kan overigens welkom houvast bieden bij de reconstructie van maatschappelijke betamelijkheid in de verleden tijd. Vgl. J.M. Barendrecht, De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in

Het is een betrekkelijk veilige wijze om, zoals in *Van Wijngaarden vs. Staat*, de betamelijkheidsnorm op de tijdsbalk te plaatsen met behulp van parlementaire stukken. Maar dat kan natuurlijk niet altijd. En zelfs als het gaat om het vaststellen van de ontwikkeling in de jaren zeventig van de maatschappelijke opvattingen over bodemverontreiniging, lijkt het minder juist om alleen te vertrouwen op geschreven bronnen zoals parlementaire stukken. Geven parlementaire stukken wel een volledig beeld van de (destijds) levende maatschappelijke opvattingen?

Het is kortom begrijpelijk dat de rechter houvast zoekt in geschreven (rechts)bronnen, maar het zou niet juist zijn om bijvoorbeeld de inwerkingtreding van relevante regelgeving per definitie als het moment te kiezen waarop de betamelijkheid tot een bepaalde handeling verplicht. De plicht om betamelijkheid in acht te nemen is toch vooral ook een ongeschreven norm. Stel bijvoorbeeld dat in de gezondheidkundige literatuur in ons land sinds midden jaren tachtig is gewezen op de legionella-risico's verbonden aan bubbelbaden, dan staat het de rechter vrij om aan te nemen dat door de bubbelbadbranche in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid sinds het einde van de jaren tachtig met zich brengt dat zij hun kopers daarover instrueren en bij openbare tentoonstellingen de nodige voorzorgsmaatregelen treffen.<sup>13</sup> Aan het thans formuleren van een dergelijke betamelijkheidsnorm staat afwezigheid van wettelijke voorschriften niet in de weg.

### *2.3 Beoordeling op basis van medische en vakmatige inzichten*

Beoordeling van gedrag in het verleden is vaak niet mogelijk op basis van geschreven rechtsbronnen uit die tijd. Wanneer die ontbreken komt de rechter in een moeilijk parket. Hij is aangewezen op het

drievoud, in: J.M. Barendrecht, E. Bauw (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw - aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 72. Het voordeel van hanteerbaarheid en rechtseenheid weegt dan op tegen het soms wat arbitraire karakter van een vast tijdstip. Bovendien zou de rechter de mogelijkheid kunnen laten bestaan om, zoals in *Van Wijngaarden vs. Staat* (r.o. 3.8 i.f.), in uitzonderlijke gevallen af te wijken van de vaste datum. Een vast tijdstip is met name dan nuttig indien het toegepast kan worden in een groot aantal vergelijkbare rechtszaken, dus bijvoorbeeld bij massale claims van verschillende slachtoffers tegen verschillende producenten van identiek gebrekkige producten.

13. Vgl. Pres. Rb. Alkmaar 23 december 1999, te vinden op: [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), dossiernr. AA4000.

invullen van de betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW aan de hand van algemene noties als de Kelderluik-criteria: de mate van voorzienbaarheid van het nadeel, de kans dat dit nadeel zich verwezenlijkt, de omvang van het eventuele nadeel en de kosten van eventuele veiligheidsmaatregelen. Bij ernstige risico's, zoals die van asbestgerelateerde kanker, zal het dan vaak hangen op de voorzienbaarheid. Om te kunnen beoordelen wat men destijds behoorde te doen, zal de rechter dan met name moeten vaststellen over welke kennis de dader destijds beschikte om zijn gedrag te kunnen bepalen. Met welke risico's kon hij destijds redelijkerwijs rekening houden? Welke veiligheidsmaatregelen waren destijds redelijkerwijs mogelijk? Daar zit echter ook weer een normatieve kant aan: door op de werkgever al dan niet een zwaardere onderzoeksplicht naar risico's en veiligheidsmaatregelen te leggen, kan de aansprakelijkheid worden verzwaaard dan wel verlicht.

In de recente rechtszaken tegen scheepswerf De Schelde gaat het bijvoorbeeld steeds om de aansprakelijkheid jegens oud-werknemers die in de jaren vijftig of zestig bij de werf asbestgerelateerde kanker hebben opgelopen. Wanneer nu, twintig tot veertig jaar later, de ziekte zich openbaart, moet worden geconstateerd dat destijds specifieke wetgeving en concreet overheidsbeleid ontbraken. De rechter kan daar dus geen houvast aan ontlenen, maar toch moet hij beoordelen vanaf welk tijdstip de werkgever maatregelen had behoren te treffen tegen destijds alom bekende, en ook tegen minder bekende gezondheidsgevaaren van asbest. Of de werkgever in zijn zorgplicht tekortschoot, kan nu slechts worden beoordeeld door reconstructie van de destijds geldende maatschappelijke betamelijkheid. De Hoge Raad overweegt in *Cijsouw vs. De Schelde II*.<sup>14</sup>

'dat de vraag of De Schelde in strijd met art. 1638x heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, wanneer zoals hier het geval is wettelijke normen ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen.'

Dat De Schelde niet meer of anders deed dan andere scheepswerven destijds deden, betekent nog niet dat in overeenstemming met de toenmalige maatschappelijke opvattingen werd gehandeld. Maar wat is dan een goed indicator voor de destijds levende maatschappelijke

14. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV.

opvattingen?

In deze asbestzaken lijkt inderdaad veel nadruk te liggen op de ontwikkelingen in de medische wetenschap en hetgeen werkgever behoorde te doen met die inzichten.<sup>15</sup> In de medische literatuur was voor, en in toenemende mate ná de Tweede Wereldoorlog, gewezen op verschillende risico's van asbest en werden aanbevelingen gedaan om die risico's terug te brengen. Aan die inzichten wordt veel waarde gehecht en, alhoewel de werkgever wel een termijn wordt geboden om de medische inzichten op de werkvloer te implementeren, wordt wel van hem verwacht dat hij zelfstandig – dat wil zeggen: ook zonder dat er door toezichthoudende overheidsinstanties op maatregelen wordt aangedrongen – een juiste inschatting van de risico's maakt met behulp van de meest recente medische inzichten.

Deze plicht om 'iets te doen' met medische inzichten zal ongetwijfeld ook een belangrijke rol gaan spelen in eventuele tabaksclaims.<sup>16</sup> In de jaren vijftig en zestig was al materiaal voorhanden dat op de (mogelijke) gezondheidsrisico's van roken wees. Hadden tabaksproducenten toen al maatregelen moeten treffen, zoals het aanbrengen van waarschuwingen op productverpakkingen?

### 3. BEOORDELING VAN DEZE AANPAK

#### 3.1 *Leggen we de lat achteraf te hoog?*

In hoeverre levert deze aanpak redelijke resultaten op? Soms is er twijfel of we niet te streng zijn over het verleden. In *Cijsouw vs. De Schelde II* (1998) wordt in essentie geoordeeld dat de werkgever ook in 1949 al de zorgplicht had om toe te zien op naleving van de vereiste (maar let wel: ongeschreven) veiligheidsmaatregelen, ongeacht of naleving in vergelijkbare bedrijven toen gebruikelijk was.<sup>17</sup> In *Janssen vs. Nefabas* (1990) was de uitkomst dat een goed werkgever al in 1948

15. Zie bijv. Hof Den Haag 25 februari 1997 (*Cijsouw/De Schelde II*), Hof Den Haag 4 maart 1997 (*De Schelde/Wijkhuizen*), A&V 1997/3, p. 74 nt. Ch.H. van Dijk.

16. Vgl. ook A.T. Bolt en J. Spier, *Handelingen NJV 1996-I*, p. 385, A-G Spier, conclusie voor HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV (*De Schelde/Erven Cijsouw*), alwaar bijv. voorspellingen worden gedaan over aansprakelijkheid voor RSI. Vgl. over deze zgn. nieuwe risico's ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25 000 XV, nr. 58, p. 4 (kabinetsstandpunt n.a.v. rapport commissie De Ruiters) en N. Frenk, *NJB 1999*, p. 1547 e.v.

17. Zie r.o. 3.3.3.

jegens zijn werknemers verplicht was om zichzelf zoveel mogelijk op de hoogte te stellen van de gezondheidsgevaaren verbonden aan asbest.<sup>18</sup> Dat zijn stuk voor stuk zware zorgplichten, waarvan het minst genomen twijfelachtig is of deze ook aan het einde van de jaren veertig kenbaar waren aan werkgevers. Door veertig á vijftig jaar na dato te oordelen dat de betamelijkheid ook toen al deze plichten met zich bracht, bestaat het risico dat de rechter strengere normen toepast dan toen werkelijk gangbaar waren. En als de normen destijds ook werkelijk al zo streng waren, dan waren ze in elk geval niet altijd kenbaar voor werkgevers. Die konden uiteraard geen kennis nemen van deze (latere) rechtspraak, en destijds was er geen rechtspraak die in deze richting wees. Dat die rechtspraak ontbrak, is goeddeels toe te schrijven aan het feit dat werkgeversaansprakelijkheid tot afschaffing van de Ongevallenwet in 1967 min of meer wettelijk uitgesloten was.<sup>19</sup> Vranken vraagt zich daarom terecht af of hier werkelijk normen van toen worden toegepast.<sup>20</sup> En zo zal het er misschien ook aan toegaan bij tabakclaims. Maar is het reëel om in de 21ste eeuw te oordelen dat een ongeschreven betamelijkheidsnorm tabaksproducenten er reeds in de jaren '50 en '60 van de vorige eeuw toe noopte om bijvoorbeeld te waarschuwen tegen de (mogelijke) gezondheidsgevaaren van roken? Wij zijn er niet zeker van.

### *3.2 Vervorming van de gedragstoets tot impliciete risicotoedeling?*

Waar geen onbetamelijkheid is volgens de relevante opvattingen en inzichten ten tijde van de daad, is geen aansprakelijkheid. Waar geen aansprakelijkheid is, blijft een groep benadeelden met de schade zitten. Dat is inherent aan een stelsel van aansprakelijkheidsrecht dat een gedragstoets aanlegt en op basis daarvan verplaatsing van geleden schade mogelijk maakt. Wel kennen wij binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad specifieke aansprakelijkheden die ook dan ontstaan wanneer de aansprakelijke ten tijde van zijn daad niet onbetamelijk handelde. Gedacht kan worden aan overheidsaansprakelijkheid voor toepassing van dwangmiddelen en voor vernietigde beschikkingen en aan de aansprakelijkheid van de beslag-

18. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 nt. PAS (Janssen/Nefabas).

19. Zie uitgebreid H. Vinke, *Werknemerscompensatie bij beroepsgebonden schade*, Den Haag: SDU 1997, p. 1 e.v.

20. Noot onder HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 (De Schelde/Erven Cijssouw).

legger.<sup>21</sup> Maar die gevallen zien kort gezegd op de risicotoedeling bij het vervallen van een in eerste instantie aanwezige rechtvaardigingsgrond, en worden – voor zover het de overheid betreft – gerechtvaardigd door openlijke ‘policy’-argumenten. Het is niet waarschijnlijk dat een dergelijke risicotoedeling ook past bij gedragingen van particulieren uit het verleden.

Maar wie weet: misschien ziet de Hoge Raad in het massale karakter van enerzijds geldelijk gewin en anderzijds gezondheidschade veroorzaakt door productie van tabaksproducten, aanleiding om – met referte aan overheidsaansprakelijkheid – aansprakelijkheid van tabaksproducenten aan te nemen, met als grondslag dat het redelijker is om dergelijke schade voor rekening van ‘het collectief’ van tabaksproducenten te brengen dan om de individuele benadeelde er mee te laten zitten. Met gedragstoetsing zou dat echter niet zoveel meer te maken hebben. Een dergelijke aansprakelijkheid voor niet-onrechtmatige gedragingen uit het verleden zou voorspelbaarheid – en dus rechtszekerheid en verzekeraarbaarheid<sup>22</sup> – opofferen aan ‘verdelende rechtvaardigheid’. Dat gaat zeer ver. Geconstateerd kan echter worden dat dit in wezen ook gebeurt als men thans een uiterst strenge betamelijkheidsnorm formuleert voor gedragingen uit het verleden, die destijds minst genomen niet kenbaar was (en wellicht ook niet gold).

### *3.3 Slachtofferbescherming?*

Wat zich hier wreekt is, zoals zo vaak, de dubbele doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht. Uit het oogpunt van preventie en het bewaken van de redelijkheid richting de dader zal men moeten afstemmen op de normen die golden ten tijde van het handelen van de dader. Maar bezien vanaf de andere kant van de causale keten, waar het slachtoffer zich bevindt en waar de doelstelling van compensatie moet worden gerealiseerd, is het beeld anders. Het slachtoffer, en degenen die hem bescherming willen verlenen, zullen de neiging hebben de normen aan te leggen die voor slachtofferbescherming golden ten tijde van het

21. Zie recentelijk HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 nt. CJHB (Ontvanger/Bos).

22. Zie over aansprakelijkheid ‘met terugwerkende kracht’ (en de verzekeringsaspecten daarvan) bijv. T. Hartlief en J. Spier, A&V 1994/2, p. 27 e.v. en M. Faure, A&V 1998/1, p. 1 e.v. Vgl. voor het rechtszekerheidsargument HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort), r.o. 3.1.4.



ontstaan van het slachtofferschap. Waarom, zo zullen zij zich afvragen, zou een slachtoffer van lang geleden veroorzaakte schade in de huidige tijd minder bescherming krijgen dan soortgelijke slachtoffers, alleen omdat de causale keten in zijn geval in de tijd is uitgerekt? Het is een vraag die gerechtvaardigd is, al is het binnen het bestek van het geldende systeem wel duidelijk hoe het antwoord moet luiden.

Ondertussen is er wel behoefte om het slachtoffer in dit soort situaties tegemoet te komen. Behalve door oprekking van dat wat als gedragsnorm voor het verleden wordt aangenomen, ziet men dat sommige categorieën slachtoffers enige compensatie krijgen van de Staat. Voor bepaalde asbestslachtoffers geldt dat bijvoorbeeld.<sup>23</sup>

### *3.4 Een algemenere risicoverdeling bij 'longtail-risico's'?*

Men zou zich kunnen voorstellen dat voor dit type gevallen structurelere oplossingen worden bedacht. Er komen steeds nieuwe producten op de markt en er worden nieuwe werkmethoden ontwikkeld. Normaal gesproken zal bij het ontstaan van nieuwe economische activiteiten vrij snel duidelijk zijn welke de risico's daarvan zijn. Dan kan het aansprakelijkheidsrecht corrigerend optreden en zullen mede onder invloed daarvan snel de nodige veiligheidsmaatregelen zijn ontwikkeld en genomen.

Soms duurt het echter langer voordat de risico's bekend worden: asbest, milieugevaarlijke werkwijzen, borstprothesen, en tabak zijn de bekendste voorbeelden. Dan kan een product of activiteit inmiddels zo wijd zijn verspreid en 'ingeburgerd', dat massaschades ontstaan en dat de bovengeschetste problemen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid opkomen. Men zou dit als een algemeen risico van maatschappelijke vooruitgang kunnen zien, waarvoor bijzondere oplossingen gerechtvaardigd zijn.

De Hoge Raad heeft in de 30 september-arresten al eens op dit element gezinspeeld, maar hij heeft daarbij gekozen voor het geheel laten vervallen van aansprakelijkheid.<sup>24</sup> Men zou ook kunnen kiezen voor een oplossing waarbij dergelijke risico's worden verdeeld over de betrokkenen: degenen die de achteraf schadelijk blijkende activiteiten hebben ontplooid en hun verzekeraars, hun huidige

23. Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers, Stct. 2000/16, p. 9.

24. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 nt. CJHB, r.o. 3.8.1.

consumenten die daarvan ook profiteren, de overheid en de slachtoffers. In wezen is dat ook het soort oplossingen die in de Verenigde Staten aan het ontstaan is voor de tabaksclaims. Fabrikanten in de vorm van schadeloosstellingen, huidige consumenten in de vorm van prijsstijgingen, overheid en slachtoffers in de vorm van voor hun rekening blijvende schade, dragen ieder hun deel bij aan de oplossing.

De vraag is natuurlijk of het aansprakelijkheidsrecht het middel moet zijn om een dergelijke verdeling tot stand te brengen. Dat zou op basis van een 'creatieve' toepassing van art. 6:162, 6:97, 98, 101, 102 en 109 BW wel mogelijk zijn, maar misschien is het beter om hiervoor een separate wettelijke voorziening te treffen.<sup>25</sup> Een goede en evenwichtige oplossing van deze problematiek zou wel een groot deel van de soms bovenmatige druk op het aansprakelijkheidsrecht wegnemen. Want het is de laatste decennia heel vaak over dit type problemen gegaan.

#### 4. UITLEIDING

We hadden deze slotparagraaf een obligate titel als 'blik vooruit' of 'lessen voor de toekomst' kunnen meegeven. Wat betreft het aansprakelijkheidsrecht liggen de zaken echter gecompliceerder. Er zijn tegenstrijdige factoren en belangen die hun plaats binnen het aansprakelijkheidsrecht opeisen. Zo is er bijvoorbeeld de druk op het aansprakelijkheidsrecht om 'long tail'-aansprakelijkheid te creëren, ook daar waar naar alle waarschijnlijkheid geen sprake was van onbetamelijk gedrag.<sup>26</sup> Daarmee hangt samen dat de maatschappelijke functie van het aansprakelijkheidsrecht verandering ondergaat. Steeds vaker wordt het aansprakelijkheidsrecht over één kam geschoren met alternatieve schadeloosstellingen zoals die uit sociale verzekeringen en bijzondere voorzieningen als het Schadefonds geweldsmisdrijven, de Wet tegemoetkoming rampschade en andere regelingen ten behoeve

25. Zie over dergelijke schadefondsen bijv. L. Dommering-van Rongen, Schade vergoeden door Fondsvorming, oratie 1996, J.P. Hustinx en C.J.J.M. Stolker, VA 1997/2, p. 58 e.v.

26. Tekenend in dit verband is ook de toenemende druk op art. 3:310 BW bij verjaring van 'long tail' letselschadegevallen.

van specifieke groepen van getroffen en.<sup>27</sup>

Er zijn echter grenzen: het aansprakelijkheidsrecht is ongeschikt om als sociale zekerheid voor schrijnende (letsel)schadegevallen te dienen. Het aansprakelijkheidsrecht is namelijk niet alleen een middel om leed met financiële tegemoetkomingen te verzachten, maar vooral ook een gedragstoets gericht tot de dader. We moeten echter wel constateren dat het aansprakelijkheidsrecht voor de rechter het enige instrument is om de schade zoveel als mogelijk daar neer te leggen waar hij haar *wil* neerleggen. De rechter beschikt voor ‘long tail’-schadegevallen namelijk niet over de mogelijkheid om een alternatief schadefonds in het leven te roepen, waarmee de lasten worden gespreid over alle belanghebbenden. De rechter kan niet of nauwelijks beleidskeuzes maken voor bijvoorbeeld genormeerde schadevergoeding, vaste vergoedingsmaxima en omslagpercentages.

Efficiënte en voor alle betrokkenen billijke oplossingen moeten daarom misschien beter buiten de rechter, buiten het aansprakelijkheidsrecht worden gevonden. Maar hoe krijg je partijen daartoe om tafel? Welke prikkel is er bijvoorbeeld voor thans producerende tabaksproducenten om vrijwillig tot vorming van een fonds over te gaan om de kosten van gezondheidszorg voor tabaksslachtoffers te dekken? Het Ministerie van VWS is inmiddels – zo hebben we uit persberichten begrepen – wel benieuwd naar de mogelijkheden op dit punt. Moet dat worden opgevat als een uitnodiging aan de tabaksindustrie om aan de onderhandelingstafel plaats te nemen, met wettelijke accijnsmaatregelen of verhaalswetgeving als stok achter de deur?<sup>28</sup>

Het gaat hier om belangrijke kwesties die nadere overdenking verdienen. Is het bijvoorbeeld wel wenselijk om producenten van ‘vandaag’ de schade ‘van toen’ te laten vergoeden, bijvoorbeeld in de vorm van een wettelijk omslag- en fondsstelsel?<sup>29</sup> En als men aan een wettelijk kader denkt, hoe moet dat er dan uitzien? Moet het beperkt

27. Zie over deze ontwikkelingen bijv. T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden 1997 en M. Faure en T. Hartlief, *NJB* 1998, p. 1135 e.v.

28. Het doet denken aan de ‘deal’ die vuurwapenfabrikant Smith & Wesson onlangs met de Amerikaanse federale overheid sloot; de vuurwapenfabrikant verplichtte zich tot zorgvuldiger productie en afzet, in ruil voor verval van aansprakelijkheid jegens de federale overheid voor gezondheidskosten door vuurwapengebruik.

29. Zie daarover bijv. M.G. Faure en T. Hartlief, *RM Themis* 1998/7, p. 218 e.v.

zijn tot specifieke gevallen van 'long tail'-schade?<sup>30</sup> Of moet er een algemene 'wet op de fondsvorming' komen waarmee het aansprakelijkheidsrecht desgewenst (bij AMvB) buiten werking kan worden gesteld? Hoe moet het recht op schadevergoeding worden genormeerd of gemaximeerd? Moet het aansprakelijkheidsrecht geheel uitgesloten worden, of is een restfunctie zinvol? Wij denken dat dit de vragen zijn waar de rechtswetenschap en rechtspraak zich de komende jaren in toenemende mate mee bezig zullen moeten houden. Dan toch maar de 'blik vooruit'...?

30. Blijkens een bericht in Vrij Nederland (11 december 1999) staat een dergelijke specifieke wet de DES-fabrikanten voor ogen; zij schijnen bereid te zijn een schadefonds te voeden, indien ze in ruil daarvoor van verdere aansprakelijkheid worden ontheven.

# Dieven met geduld

OVER VERKRIJGENDE VERJARING TE KWADER TROUW

*R.J.Q. Klomp\**

## 1. PROBLEEM

De dief die het geduld kan opbrengen 20 jaar te wachten wordt eigenaar van het gestolene: Dit volgt uit artikel 3:105 BW lid 1:

Hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, verkrijgt dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw.

gelezen in combinatie met artikel 3:306:

Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren.

Dit is om twee redenen geen verontrustende regeling. De meeste dieven hebben niet zo veel geduld en de meeste gestolen goederen zijn na 20 jaar volstrekt waardeloos geworden. Dat ligt echter anders indien het gaat om zaken die juist met het verstrijken van de tijd meer waard worden. En indien het bijvoorbeeld om een schilderij van een erkende meester gaat, kan de waarde zodanig oplopen dat bepaalde dieven wel het geduld zullen kunnen opbrengen om 20 jaar te wachten. Het schrikbeeld van elk Nederlands museum is – of: zou moeten zijn – de dief die na 20 jaar en een dag na de diefstal zich zonder enige gêne meldt, met het gestolen schilderij onder zijn ene arm en een exemplaar van het Nederlandse BW onder zijn andere arm, en die beleefd vraagt of er misschien belangstelling bestaat het schilderij terug te kopen. Strafrechtelijk is de diefstal na twaalf jaar – of onder bijzonder omstandigheden na vijftien jaar – verjaard, zie artikel 310, resp. 312 jo. 70 en 71 Sr. en civielrechtelijk lijkt het beroep op verjaring ook succesvol.

\* Mr. R.J.Q Klomp is als universitair docent werkzaam aan het Molengraaff-instituut voor privaatrecht te Utrecht.

Dit is een ernstig probleem, en dan gaat het niet alleen om uit musea gestolen schilderijen. Alle zaken die niet noodzakelijk in waarde achteruitgaan door louter tijdsverloop kunnen een vergelijkbaar lot treffen. Hierbij kan gedacht worden aan oude auto's, antiquiteiten, postzegelverzamelingen e.d. Het probleem kent verschillende aspecten. Ten eerste is een dergelijke gang van zaken natuurlijk bijzonder onbevredigend voor het rechtsgevoel. Ten tweede is het een buitengewoon slecht uit te leggen regel in het buitenland. Wie het probeert, wordt vol ongeloof aangestaard en loopt het risico verder niet meer serieus te worden genomen. Dat is nog niet zo erg, ware het niet dat Nederland het risico loopt een slechte naam te krijgen in de kunsthandel. Een buitenlandse eigenaar van een kostbaar object zal zich een extra keer bedenken alvorens hij besluit zijn object in bijvoorbeeld Amsterdam te exposeren of te veilen. Het feit dat de veilinghuizen Christie's en Sotheby's in Amsterdam een miljoenenomzet per jaar realiseren waarvan het grootste deel is gebaseerd is op buitenlandse objecten, geeft een indicatie van het risico.

Nu is dit probleem al eerder signaleerd. Het was C.J.H. Brunner die reeds in 1992 in de Kleijn-bundel aandacht voor dit probleem vroeg,<sup>1</sup> waarna onder anderen P. Neleman in 1994 reageerde in de Brunner-bundel.<sup>2</sup> Ook daarna is er nog wel eens aandacht aan dit onderwerp besteed,<sup>3</sup> maar dit heeft niet geleid tot actie van de wetgever, dan wel een algemeen geaccepteerde uitleg die tot een bevredigend resultaat leidt.

In het hier volgende zal eerst de achtergrond van de hierboven genoemde BW-bepalingen worden geschetst. Daarna volgt een bespreking van de discussie in de literatuur en vervolgens zullen enkele mogelijke oplossingen worden voorgesteld.

## 2. PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS

Gezien de niet mis te verstane bewoording van artikel 3:105 lid 1 en de ingrijpende consequenties van dit artikel, is het interessant te lezen

1. J.H. Brunner, Dief wordt eigenaar, in: Quod licet (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 45-53.
2. Neleman, Thieves' Paradise revisited, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, p. 293-302.
3. Zie o.a. M.A.B. Chao-Duivis, Dief wordt eigenaar..... en blijft dat (helaas)!, WPNR 1996, nr. 6240, p. 732.

wat de parlementaire geschiedenis erover meldt. Alvorens hierop in te gaan is het nuttig eerst te schetsen hoe de situatie onder het oude BW was. De regel van artikel 3:105 lid 1 bestond niet onder het oude recht. Bevrijdende verjaring van de rechtsvordering had geen verkrijgende verjaring tot gevolg. Het kon dan voorkomen dat de oorspronkelijke rechthebbende zijn recht niet meer kon realiseren doordat zijn rechtsvordering was verjaard en aldus een tandeloos, theoretisch eigendomsrecht had, terwijl de bezitter gedoemd was tot het eind der tijden bezitter te blijven zonder ooit eigenaar te kunnen worden. Rank-Berenschot noemt dat in Tekst & Commentaar 'een vacuüm'.<sup>4</sup>

Artikel 2004 oud-BW bepaalde dat alle rechtsvorderingen verjaarden door verloop van 30 jaar, 'zonder dat hij die zich op de verjaring beroept verplicht zij eenigen titel aan te toonen, of dat men hem eenige exceptie, *uit zijn kwade trouw ontleend*, kunne tegenwerpen' (curs. van mij, RK). Geconstateerd kan worden dat dus reeds in 1838, toen artikel 2004 werd ingevoerd, rekening werd gehouden met bezitters te kwade trouw die een beroep op verjaring van de rechtsvordering van hun wederpartij zouden doen, en dat zij daarmee succes konden hebben. De bevrijdende verjaring was wel geregeld, maar de verkrijgende niet.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de idee voor de regeling van wat uiteindelijk in artikel 3:105 lid 1 terecht is gekomen reeds in het Ontwerp Meijers was geformuleerd, inclusief de toevoeging 'ook al was zijn bezit niet te goeder trouw'. De toelichting spreekt over 'de thans bestaande anomalie, dat de werkelijke rechthebbende [sic] de zaak niet kan opvorderen en anderzijds de bezitter in zijn bezit beschermd wordt, maar met niet meer dan bezitsacties'. Het lijkt alsof de wetgever zonder meer de consequenties uit de invoering van de regel van artikel 3:105 lid 1 heeft ingecalculceerd: 'Het recht dient zich op den duur bij de feiten aan te sluiten, vooral wanneer dit recht de nodige rechtsvorderingen om wijziging te brengen in de feitelijke verhoudingen aan de rechthebbende onthoudt.'<sup>5</sup> In het Voorlopig Verslag wordt niet veel meer opgemerkt dan dat de termijn van de bevrijdende verjaring 20 jaar bedraagt en dat deze daarom 'voldoende discrepantie' vertoont ten opzichte van de

4. Rank-Berenschot, Tekst & Commentaar, Deventer 1998, p. 1298. Pitlo/Hidma, Bewijs en verjaring, Arnhem 1981, spreekt van een 'inelegantie', p. 241.
5. Parl. gesch., Boek 3, Deventer 1981, p. 416.

termijnen van artikel 3:99 (waarin is bepaald dat rechten op roerende zaken/niet-registergoederen en rechten aan toonder of order door een bezitter te goeder trouw verkregen worden door een onafgebroken bezit van drie jaren, andere goederen door een onafgebroken bezit van tien jaren). En bij de invoering van artikel 3:105 lid 1 is er zelfs helemaal niets over gezegd.<sup>6</sup> Kortom, er werden niet veel woorden aan vuil gemaakt. Maar als er iets uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid is dat met open ogen de consequenties van de verkrijgende verjaring van de bezitter te kwader trouw werden aanvaard, sterker het was juist de bedoeling. Dit blijkt het duidelijkst uit de bespreking van artikel 3:306, waar de minister reageert op de suggestie de algemene verjaringstermijn terug te brengen tot tien jaar. Hij voelt daar niet voor omdat het ‘wel een erg grote sprong’ is en hij noemt daarbij expliciet de revindicatie van een gestolen schilderij van de dief. Tien jaar was te kort, maar na twintig jaar moet de dief maar eigenaar worden, aldus de minister.<sup>7</sup>

### 3. DISCUSSIE IN DE LITERATUUR

Vrijwel direct na het van kracht worden van het nieuwe BW heeft Brunner, zoals vermeld, de aandacht gevestigd op de ongewenste gevolgen van artikel 3:105 lid 1. Hij noemt het ‘de meest spectaculaire wijziging die het nieuwe BW op het stuk van de verjaring brengt’, en ‘een nieuwigheid die, indien zij in de onderwereld voldoende bekendheid krijgt, nog aanzienlijke maatschappelijke gevolgen kan hebben’.<sup>8</sup> Of het artikel inmiddels in Brunners ‘onderwereld’ algemene bekendheid geniet, weet ik niet. Mogelijk komen wij daar in de loop van 2012 achter wanneer de eerste twintigjarige verjaringstermijnen na invoering van het nieuwe BW voltooid zullen zijn, al kan een dief gezien het overgangsrecht ook nu al een beroep op artikel 3:105 lid 1 doen (jo. 93 Ow).

Brunner wijst er allereerst op dat naar Frans recht revindicatie van verjaring is uitgesloten, althans voorzover het onroerende zaken betreft. Artikel 2262 Cc bepaalt weliswaar dat alle rechtsvorderingen verjaren, maar deze regel wordt niet van toepassing geacht op de

6. Parl. gesch. Boek 3 Inv., Deventer 1990, p. 1255.

7. Parl. gesch. Boek 3, p. 919.

8. C.J.H. Brunner, Dief wordt eigenaar, p. 45.



revindicatie van onroerende zaken. Deze interpretatie is in Nederland nooit gevolgd, zoals uit het hierbovenstaande al bleek. Verder is er volgens hem van een anomalie strikt genomen nooit sprake geweest. Zodra de dief de zaak in zijn bezit neemt, pleegt hij namelijk een voortdurende onrechtmatige daad door de zaak niet terug te geven. Op grond daarvan zou ook na twintig jaar nog een schadevergoedingsactie ingesteld kunnen worden, waarbij afgifte gevorderd zou kunnen worden bij wijze van schadevergoeding (art. 6:103). Deze mogelijkheid wordt echter geblokkeerd door artikel 3:314 dat in lid 2 bepaalt dat de termijn van verjaring van een rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden. Dit betekent in ons geval dat de verjaring van de schadevergoedingsactie gelijk op loopt met die van de revindicatie.<sup>9</sup> Uiteindelijk spreekt Brunner zijn voorkeur uit voor een verjaringstermijn van 40 of 50 jaar: 'De meeste dieven zullen wel stelen om daar zelf beter van te worden en niet met het oogmerk om hun nageslacht te bevoordelen.'<sup>10</sup> Twee jaar later heeft Brunner de stelling geponeerd dat de bezitter te kwader trouw rechtens geen bescherming verdient, ook niet na lange tijd.<sup>11</sup>

In zijn reactie op Brunners artikel wijst Neleman op het feit dat met een beroep op artikel 3:86 een derde na drie jaar al onbedreigd eigenaar kan worden van een gestolen zaak. Dit aspect, de verkrijging door derden al dan niet te goeder trouw, laat ik hier verder buiten beschouwing.<sup>12</sup> Neleman merkt op dat degene die na afloop van de

9. Parl. gesch. Boek 3, p. 929: 'Zonder een zodanige bepaling zou betoogd kunnen worden dat iedere dag dat de onrechtmatige toestand voortduurt een nieuwe rechtsvordering zou ontstaan en dat in zoverre ten aanzien van de vordering tot opheffing daarvan in het geheel geen verjaring zou intreden. (...) De ondergetekende [de minister van Justitie, RK] is evenwel van mening dat het niet gewenst is dat de rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand niet verjaart.' Zie voor een fel protest tegen artikel 3:314: H.W. Wiersma, Geen verjaring zonder redelijkheid, in: *Privaatrecht en Gros* (Grosheide-bundel), Antwerpen-Groningen 1999, p. 48, 49.

10. C.J.H. Brunner, *Dief wordt eigenaar*, p. 51.

11. C.J.H. Brunner (met medewerking van T. Hartlief), *Gestolen roerende zaken en het Europees privaatrecht*, preadvies in: *Kunsthandel (inclusief antiquiteiten) en de bescherming van nationaal cultureel erfgoed*, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 109, november 1994, p. 134.

12. Zie hierover C.J.H. Brunner, *Gestolen roerende zaken en het Europees privaatrecht*,

twintig jaar het voorwerp van de voormalige-dief-nu-eigenaar zich schuldig maakt aan (schuld)heling, waardoor de verkoopbaarheid natuurlijk sterk zou afnemen. Het lijkt me echter stug dat dat ook zou gelden voor de oorspronkelijke eigenaar-bestolene. Laconiek merkt hij op: ‘Dus inderdaad: dief wordt eigenaar. Maar de tegenwerping kan zijn: en wat dan nog?’<sup>13</sup> Wiersma heeft zich hierbij aangesloten. Hij vindt het niet onredelijk ‘om aan de bestolene voor te houden dat er eens een moment komt dat het rechtsverkeer en de rechtszekerheid verlangen dat op transacties niet meer kan worden teruggekomen’.<sup>14</sup>

Neleman betwijfelt of dieven wel genoeg geduld hebben om 20 jaar te wachten. Toch ziet Koopmann, gepromoveerd op bevrijdende verjaring, net als Van Dam wel heil in een verlenging van de verjaringstermijn ofwel de oude dertigjarige opnieuw in te voeren (idem Wiersma), ofwel een nog langere termijn te overwegen. Onverjaarbaarheid vindt zij te ver gaan. Het zou te veel afbreuk doen aan de rechtszekerheid.<sup>15</sup>

De discussie is in 1996 voortgezet door Chao-Duivis in het WPNR. Zij bespreekt Brunners artikel maar zoekt een radicalere oplossing dan alleen een verlenging van de termijn. Dat zou ‘de ten principale gevoelde onvrede met het feit dat een bezitter te kwader trouw eigenaar kan worden’ niet wegnemen.<sup>16</sup> Zij ziet meer heil in het schrappen van artikel 3:105.

#### 4. MOGELIJKE OPLOSSINGEN

Voor de oplossing van het hier besproken probleem denk ik aan de volgende oplossingen:

a. De revindicatie verjaart niet. Het gevolg is dat de bezitter te kwader trouw geen eigenaar wordt. Artikel 3:105 zal geschrapt moeten worden en in artikel 3:306 of op een andere plaats in de wet zal met zoveel woorden bepaald moeten worden dat de revindicatie niet aan

p. 101-134.

13. P. Neleman, *Thieves' Paradise revisited*, p. 299.

14. H.W. Wiersma, *Geen verjaring zonder redelijkheid*, p. 46.

15. M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, diss. VU, Deventer 1993, *Recht en Praktijk* nr. 69, p. 40, 41; C.C. van Dam, *De verjaringstermijn terug naar dertig jaar*, *NJB* 1992, p. 932-934.

16. M.A.B. Chao-Duivis, *Dief wordt eigenaar..... en blijft dat (helaas)!*, *WPNR* 1996, nr. 6240, p. 733.

verjaring onderhevig is;

b. Een beroep op de verjaring is in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Op grond van artikel 6:2 lid 2 kan met een beroep op het onaanvaardbare gevolg van het tegenovergestelde een beroep op verjaring door de dief zelf in strijd met de redelijkheid en billijkheid worden geacht.

c. Voor bepaalde categorieën zaken wordt een extra lange verjaringstermijn ingevoerd van bijvoorbeeld 75 of 100 jaar; een tussenoplossing, met de charme van het compromis.

*Ad a: de revindicatie verjaart niet*

Het in deze bijdrage gesignaleerde probleem wordt veroorzaakt door artikel 3:105. De eenvoudigste en radicaalste oplossing zou daarom zonder meer zijn het artikel weer te schrappen en voor de revindicatie te bepalen dat deze niet aan (bevrijdende) verjaring onderhevig is. In de politiek heet dat met een mooi eufemisme ‘voortschrijdend inzicht’ en waarom zou het nieuwe BW onfeilbaar zijn? De door de wetgever aangevoerde argumenten voor het opnemen van artikel 3:105 zijn nog wel van kracht (zij het wellicht mede onder invloed van Brunners argumenten in verminderde mate), bij nader inzien zouden de tegenargumenten wegens de onacceptabele gevolgen de doorslag moeten krijgen. En voorzover de wetgever een incompleet systeem constateerde waarin de rechtsvordering op grond van revindicatie verjaarde, zonder dat de eigendom aan de bezitter toekwam, is het vanuit systematisch oogpunt evenzo sterk de revindicatie in het geheel niet meer te laten verjaren. Eigendom is een kerninstituut in ons recht; zonder het huidige eigendomsbegrip zou het vermogensrecht er geheel anders uitzien (vergelijk het vermogensrecht van de voormalige communistische staten).<sup>17</sup> Zou zo'n belangrijk instituut niet een eigen, afwijkende verjaringsregeling mogen kennen? Rest natuurlijk het probleem hoe de eigendom te bewijzen als je slechts bezitter bent. Maar is dit niet grotendeels een schijnprobleem? Wie jouw eigendomsrecht betwist zal zelf een sterker recht moeten bewijzen (art. 3:119). Of leidt dit tot onoverdraagbaarheid door de bezitter? De bezitter is tenslotte onder het nieuwe recht verplicht de eigendom, althans bij een koopovereenkomst, over te dragen; zie artikel 7:9. Of lossen deze

17. Zie ook Pitlo/Hidma, *Bewijs en verjaring*, p. 234: ‘Eigendom wordt als het volledigste recht niet door bevrijdende verjaring aangetast.’

gevallen zich voorzover het roerende zaken betreft enerzijds op via artikel 3:86 en anderzijds doordat een verkrijger – als hij al weet dat hij van een niet-eigenaar verkrijgt – zich daar geen zorgen over zal maken zolang hij er maar op mag rekenen dat er niemand is met een afdwingbare sterkere positie dan hijzelf? Onroerende zaken leveren mogelijk grotere problemen op, maar daar zullen de problemen zich ook veel minder vaak voordoen, als ze zich al voordoen. Hoe vaak gebeurt het nu dat een onroerende zaak zich in de macht van een bezitter bevindt die geen eigenaar is? Een voorbeeld wordt gevormd door krakers van een huis. Tegen de eigenaar zullen zij echter altijd verliezen en tegenover derden is er geen probleem.<sup>18</sup>

*Ad b: strijd met de redelijkheid en billijkheid*

Het lijkt de makkelijkste oplossing om in die gevallen en ook alleen in die gevallen die de kern van het hier geschetste probleem vormen, een beroep door de dief op de verjaringstermijn van artikel 3:306 in strijd met de redelijkheid en billijkheid te achten. Hier is veel voor te zeggen. Het gaat tenslotte – gelukkig – om een betrekkelijk onalledaags probleem en voor uitzonderlijke gevallen zou de wet niet moeten worden aangepast. Dit geldt des te meer nu de wet zelf aangeeft dat een krachtens de wet geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zie artikel 6:2 lid 2. Deze bepaling is de bodem van het verbintenissenrecht, de grondnorm waar alles toe te herleiden is.<sup>19</sup> Waarom zou daar tegenover een bezitter te kwader trouw die zich op verjaring beroept, geen beroep op kunnen worden gedaan? Twee redenen: ten eerste lijkt het in strijd met de lijn die de Hoge Raad de afgelopen vijf jaar heeft gevolgd in verjaringskwesties; ten tweede werpt de parlementaire geschiedenis een serieuze belemmering op aangezien we hierboven in § 2 hebben gezien dat de wetgever expliciet de bedoeling heeft gehad de dief na twintig jaar tot eigenaar te bombarderen.

Wat betreft de uiterst strenge lijn die de Hoge Raad volgt als het

18. Pitlo/Hidma noemt nog als voordeel dat een verjaarde rechtsoverdracht kan herleven zodra een derde de zaak door occupatie onder zich weet te krijgen; Bewijs en verjaring, p. 240.

19. Anders M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, Deventer 1999, p. 405 e.v.

verjaringskwesities betreft, kan op een aantal relatief recente arresten worden gewezen waarvan HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, is uitgegroeid tot het standaardarrest. Wat was het geval? Mevrouw Van Brakel vordert schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad omdat zij in 1956 tijdens een maagoperatie een bloedtransfusie had gekregen met een verkeerde resusfactor, waardoor zij in 1959 en in 1960 een doodgeboren kind kreeg. Rechtbank en Hof hebben de vordering afgewezen wegens verjaring; de inleidende dagvaarding dateerde van 21 mei 1991. Bepleit werd een uitzondering te maken in geval de gelaedeerde een leek was die door de deskundige daders niet op de hoogte gebracht was van het causale verband tussen – i.c. – de verkeerde bloedtransfusie en de doodgeboren kinderen. Nee, zegt de Hoge Raad:

‘Ongetwijfeld is het uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft *kunnen* maken wegens het voor hem verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een bepaalde gebeurtenis. Daar staat evenwel tegenover dat de rechtszekerheid - welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen - een vaste termijn eist en dat loslaten daarvan (...) eveneens tot onbillijkheid kan leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar.’

Op dit uitgangspunt heeft de Hoge Raad slechts enkele uitzonderingen toegelaten. Eén was een incestzaak, waarbij het ging om de korte, vijfjarige termijn van artikel 3:310 lid 1 en de vraag wanneer deze begint te lopen. Na de hierboven geciteerde formule te hebben herhaald, overweegt de Hoge Raad in die zaak dat indien het niet geldend kunnen maken voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur, i.c. de dader, moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat deze zich erop zou mogen beroepen dat de vijfjarige termijn is voltooid.<sup>20</sup> Het ‘onaanvaardbaar’ wordt door de Hoge Raad ook uitgesproken in de zaak van de Bloembollencentrale De Ree tegen De Staat.<sup>21</sup> De bloembollencentrale had jarenlang onder protest keurlonen betaald aan de Staat, voor keuringen verricht door de Plantenziektkundige Dienst. Nadat het Hof van Justitie van de EG heeft bepaald dat dergelijke heffingen in strijd zijn met het EG-recht, stelt de

20. HR 23 oktober 1998, RvdW 1998, 190 (M./B.).

21. HR 7 januari 2000, JOL 2000, 4, RvdW 2000, 15.

Bloemencentrale dat de keurlonen onverschuldigd betaald zijn. De Staat werpt tegen dat deze vordering inmiddels is verjaard, met een beroep op het beruchte wetje van 31 oktober 1924 dat bepaalde dat geldvorderingen tegen de Staat verjaren na vijf jaar.<sup>22</sup> De Hoge Raad beslist dat het beroep van de Staat op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Wat waren de beslissende criteria? De Staat had zelf een proefprocedure aangespannen omdat het niet wist of de keurlonen wel rechtmatig waren en de Centrale had altijd 'onder protest' betaald.

Ondanks de in beginsel uiterst strenge koers, heeft de Hoge Raad dus al enkele malen het 'onaanvaardbaar' uitgesproken. Dit gebeurde echter beide keren in een zaak waar het ging om de korte, vijfjarige termijn. Het is de vraag of deze uitzonderingen ook van toepassing zijn op de lange, twintigjarige termijn. Het is duidelijk de bedoeling van de wetgever geweest om de twintigjarige termijn als valbijl te laten werken; zie ook de formulering van artikel 3:310 lid 1: 'Een rechtsvordering tot vergoeding van schade (...) verjaart (...) *in ieder geval* door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (...)'. Daar staat tegenover dat in het geval van de Bloembollencentrale het niet ging om het moment waarop de verjaringstermijn is begonnen te lopen, wat doorgaans het belangrijkste discussiepunt is ten aanzien van de vijfjarige termijn, maar om een absoluut oordeel van de Hoge Raad dat aan de Staat in de gegeven omstandigheden geen beroep op de verjaring toekomt. Een vergelijkbare redenering kan mijns inziens evengoed worden toegepast in ons geval van de brutale dief met geduld.

Fikkers is echter van mening dat in kwesties waar het gaat om verjaring van de revindicatie geen plaats is voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid.<sup>23</sup> Zij beroept zich daarbij op de rechtszekerheid die in goederenrechtelijke geschillen in het algemeen en in eigendomskwesties in het bijzonder de doorslag dient te krijgen. Hierbij verwijst ze naar HR 8 mei 1998, NJ 1999, 44; de zaak van Land Sachsen tegen C. over het schilderij 'Klooster in een landschap'

22. Zie over verjaring in het algemeen en dit wetje in het bijzonder H.Th. Bouma en M.J. Kroeze, Verjaring tussen rechtszekerheid en billijkheid, in: De landsadvocaat, voor deze (De Wijkerslooth-bundel), Den Haag 1999, p. 31-41.

23. H.A.G. Fikkers, Afstoten en terugkrijgen van kunstwerken. Over een stichting Derdenkunst, de Six-archieven en de Malevitsj-collectie, NJB 1999, p. 1804 e.v.

van Jan van der Heyden. Fikkers' argument is sterk. Als het om eigendom gaat, dient duidelijk te zijn wie rechthebbende is. Meer nog dan bij aansprakelijkheidszaken dient het belang van de rechtszekerheid voorop te worden gezet. Haar verwijzing naar 'Klooster in een landschap' is echter minder sterk. Ogenschijnlijk heeft de Hoge Raad hier een strenge verjaringsuitspraak gedaan; nadere bestudering doet echter twijfel rijzen hoeveel precedentwerking aan de arrest mag worden toegekend. Het ging om een schilderij dat in de loop van 1945 uit de Gemäldegalerie te Dresden was gestolen en vermoedelijk door de Russen was meegenomen naar de toenmalige Sovjet-Unie. Het schilderij was eigendom van de rechtsvoorganger van thans Land Sachsen. In 1990 duikt het weer op wanneer ene C. het bij Christie's in Amsterdam laat taxeren. Land Sachsen krijgt hier lucht van, legt beslag en stelt een revindicatie in. C. beroept zich onder andere op verjaring. Hij had het schilderij in begin april 1990 voor fl. 100.000,- van een Russische sportarts en bokstrainer gekocht. Deze man had verklaard dat hij het van een neef gekocht had, die het via zijn moeder had verworven uit een nalatenschap van hun beider grootmoeder. En deze grootmoeder had het schilderij al in 1950 in haar bezit, aldus de verklaring van de Russische sportarts/bokstrainer. Het beroep op verjaring wordt door de Hoge Raad gehonoreerd. De verjaring van de revindicatie begint te lopen vanaf het moment dat iemand anders dan de eigenaar bezitsdaden verricht en in deze zaak was door het Hof vastgesteld dat dat begin 1950 had plaatsgevonden. Gezien de dubieuze *provenance* is dit een opvallende uitspraak. In de literatuur is de uitspraak voornamelijk vanwege de ipr-aspecten becommentarieerd. Wat betreft het verjaringsaspect wordt algemeen gewezen op de strenge regel van de Hoge Raad dat de aanvang van de verjaringstermijn 'niet afhankelijk [is] van het moment van het verkrijgen van [door?, RK] de eigenaar van wetenschap met betrekking tot de feiten die mogelijk maken door middel van revindicatie de zaak van een bepaalde persoon op te eisen'. Ik ben echter geneigd minder precedentwerking aan deze uitspraak toe te kennen dan bijvoorbeeld Fikkers doet en wel omdat het hier om een zeer uitzonderlijke zaak gaat. C. heet namelijk voluit Cohen. Op zich maakt dat natuurlijk niets uit; het is toeval dat het juist een joodse eigenaar is die zich bij Christie's meldt om een recent aangeschaft schilderij te laten taxeren. Maar het wordt wel heel

intrigerend wanneer men weet dat juist de Gemäldegalerie in Dresden in de Tweede Wereldoorlog een zeer bedenkelijke rol heeft gespeeld bij de door de Nazi's georganiseerde kunstroof. Het was de directeur van de Gemäldegalerie, dr. Hans Posse, die van Hitler zelf de opdracht had gekregen een nieuw museum in Linz te bouwen en aldaar een kunstcollectie aan te leggen.<sup>24</sup> Tegen deze achtergrond kan ik me voorstellen dat de Hoge Raad het verjaringsaspect met beide handen heeft aangegrepen om de Duitse claim te kunnen afwijzen. Welke rechter zou anno 1998 een joodse bezitter willen opdragen een schilderij af te staan aan een besmet Duits museum? Ik zou daarom de verjaringsaspecten van deze zaak met de nodige terughoudendheid willen interpreteren.

Blijft de vraag of het beroep op verjaring door een dief te kwader trouw in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan worden geacht, of dat dat te zeer indruist tegen het systeem van de wet. Op zich is het natuurlijk een nobel streven in een codificatie het recht als systeem te benaderen, maar ook hier geldt mijns inziens: de wal keert het schip. Waar de consequenties onaanvaardbaar zijn dient de regeling te worden aangepast en niet louter ten behoeve van het systeem te worden gehandhaafd. Dit is tenslotte toch ook de gedachte achter artikel 6:2: Een wettelijke regel dient buiten toepassing te worden gelaten indien toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.<sup>25</sup>

#### *Ad c: een extra lange verjaringstermijn*

Het verdient serieus overweging om voorwerpen die zich onderscheiden doordat zij door tijdsverloop eerder meer waard worden dan minder, een extra lange verjaringstermijn toe te passen. Of deze zaken aan de hand van een voldoende onderscheidmakend criterium kunnen worden bepaald, is zeer de vraag. Ten eerste is de waarde die aan kunstobjecten wordt toegekend zeer aan schommelingen onderhevig

24. G. Aalders, Roof. De ontvreemding van joods bezit tijdens de Tweede Wereldoorlog, Den Haag 1999, p. 63. Posse heeft daar onder andere ook de Koenigs-collectie voor aangeschaft.

25. Idem H.Th. Bouma en M.J. Kroeze, Verjaring tussen rechtszekerheid en billijkheid, p. 41. E.H. Hondius acht een beroep op de redelijkheid en billijkheid om een beroep op verjaring te blokkeren zeker wel mogelijk is, maar dat daar in verband met de rechtszekerheid slechts spaarzaam gebruik van mag worden gemaakt; Het verjaarde recht, Dies-rede Universiteit Utrecht, 25 maart 1994, p. 12.



en ten tweede, zeker waar het de meer bijzonder objecten betreft, moeilijk aan te geven. Nu hoeft dat gelukkig ook niet. Het zou voldoende moeten zijn om potentieel zeer waardevolle zaken de bescherming van een extra lange verjaringstermijn te geven. Hierbij valt te denken aan bijvoorbeeld 75 of 100 jaar; in ieder geval lang genoeg om ontmoedigend te werken voor dieven met geduld. Het zou wel een trendbreuk betekenen. Het was ontegenzeggelijk de bedoeling van de nieuw BW-wetgever verjaringstermijnen te bekorten.<sup>26</sup> Vrijwel alle verjaringstermijnen zijn teruggebracht, de meeste naar vijf jaar en de langste, werd verkort van 30 naar 20 jaar. Maar dat wil niet zeggen dat hiermee het laatste en wijste woord gezegd is. Hierbij kan ook gewezen worden op een tegengestelde beweging. Voor enkele bijzondere categorieën zijn reeds uitzonderingen gemaakt, waarbij noodzakelijkerwijs het nieuwe BW is aangepast. Zo is de verjaring van de schadevergoeding vanwege bepaalde seksuele delicten verlengd tot maximaal twaalf jaar nadat het slachtoffer meerderjarig is geworden, zie artikel 3:310 lid 4 en schadevergoedingsacties vanwege bepaalde milieudelicten verjaren pas na 30 jaar. Een nog langere termijn wordt gehanteerd voor illegaal geëxporteerde cultuurgoederen die deel uitmaakten van een openbare collectie of uit een kerk afkomstig waren, zie artikel 3:310a lid 2, eveneens naar aanleiding van een Europese regel.<sup>27</sup> Hier zou een aparte verjaringsregel van 75 jaar voor (potentieel) waardevolle kunstvoorwerpen mooi bij kunnen aansluiten.<sup>28</sup> Het pragmatische van deze oplossing zit in het in tact houden

26. Zie hierover W. Snijders, Enkele hoofdpunten van de Boeken 3, 5, 6, 7 en 8 NBW, voor zover deze op 1 januari 1992 in werking zijn, *Ars Aequi*, p. 1093. De Nederlandse wetgever stond niet alleen in zijn streven de verjaringstermijnen te bekorten. Zo merkt Zimmerman over de uit het Romeinse recht (C. 7.39.3.1) stammende termijn van dertig jaar op: 'Whatever its merits in the (...) circumstances of the 5th century, a prescription period of 30 years is totally unsuitable for times in which history appears to have accelerated in an entirely unprecedented manner; it is so long that it completely frustrates the aims sought to be achieved with periods of prescription. A radical readjustment (...) is urgently required.'; R. Zimmerman, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p. 770.

27. Richtlijn 93/7/EEG van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lidstaat zijn gebracht; PbEG L 74.

28. Zie ook C.J.H. Brunner, *Dief wordt eigenaar*, p. 51, al noemt hij een termijn van 40 of 50 jaar.

van de argumenten om de verkrijgende verjaring te koppelen aan de bevrijdende, zonder dat er een aanzuigende werking van uitgaat.<sup>29</sup>

### *Andere oplossingen*

Zwalve heeft geprobeerd de verjaringstermijn van 20 jaar met vijf jaar op te rekken met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking van de dief, intredende op het moment dat de revindicatie verjaard was en de dief dus eigenaar was geworden.<sup>30</sup> Hierop heb ik in een reactie gewezen op het feit dat indien een beroep op ongerechtvaardigde verrijking zou worden toegestaan het effect nog veel gunstiger is, aangezien de verjaringstermijn voor de schadevergoedingsactie uit ongerechtvaardigde verrijking op grond van artikel 3:310 lid 1 pas na 20 jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt verjaart.<sup>31</sup> Het gevolg hiervan zou zijn dat de dief minstens veertig jaar geduld zou moeten oefenen. Zwalve is echter in zijn naschrift op zijn suggestie teruggekomen. Bij nader inzien was hij – en daar ben ik het mee eens – van mening dat de verrijkingsactie als schadevergoedingsactie op grond van artikel 3:312 niet later verjaart dan de rechtsvordering tot nakoming van de hoofdverplichting, in ons geval de revindicatie.<sup>32</sup>

Tot slot zij gewezen op Paul Scholtens voorstel uit 1945 om de revindicatie niet (bevrijdend) te laten verjaren voordat de verkrijgende verjaring voltooid is.<sup>33</sup> Dit heft de door de wetgever geconstateerde ‘anomalie’ op zonder dat de bezitter te kwade trouw eigenaar wordt. Scholten zocht een oplossing voor de onder het oude recht mogelijke situatie dat de verkrijgende en de bevrijdende verjaring niet gelijk opgingen en vond deze in het spiegelbeeld van die van de nieuw BW-wetgever. Waar de wetgever de verkrijgende verjaring laat aansluiten

29. W. Snijders merkt op in *Ars Aequi* 1991, p. 1094, dat verlenging van de termijn weinig zin heeft als andere landen waar het gestolen werk kan worden opgeslagen, niet bereid zijn hetzelfde te doen.

30. W.J. Zwalve, ‘Art. 3:105, lid 1 BW. Niet alléén een kwestie van termijnen’, *WPNR* 1995, nr. 6202, p. 773, 774.

31. R.J.Q. Klomp, ‘Een dubbele termijn voor de dief’, *WPNR* 1996, nr. 6231, p. 519, 520.

32. W.J. Zwalve, *Naschrift*, *WPNR* 1996, nr. 6231, p. 520. Ook Hartkamp acht een actie uit ongerechtvaardigde verrijking na verjaring niet mogelijk; Asser/Hartkamp 4-III, Deventer 1998, nr. 358.

33. Asser/Scholten II, *Zakenrecht*, 8e druk, Zwolle 1945, p. 226.

bij de bevrijdende, koos Scholten voor het laten voortduren van de bevrijdende verjaring zolang er geen verkrijgende-verjaringstermijn was voltooid.

## 5. CONCLUSIE

Het gesignaleerde probleem is een potentieel explosief probleem. Voordat de eerste brutale dief met geduld opstaat en met een beroep op artikel 3:105 lid 1 claimt eigenaar te zijn van een gestolen meesterwerk, moet er een bevredigende oplossing zijn gevonden. Ik heb een aantal mogelijke oplossingen de revue laten passeren zonder zelf een expliciete voorkeur aan de ene of andere oplossing te willen geven. De ene oplossing is wat principiëler, de andere wat praktischer of pragmatischer. Het is een kwestie van juridische smaak, mede afhankelijk van een visie op rechtsvorming, welke oplossing gekozen moet worden. Dat er gekozen moet worden staat voor mij vast. Diefstal hoort niet te lonen.<sup>34</sup>

34. Met dank aan mr. Yolanda Beukers en mr. Hugo van Kooten voor hun commentaar op het concept.

# Verlies van intellectuele eigendomsrechten door tijdsverloop

*J.H. Spoor\**

## 1. INLEIDING

1. In 1987 kreeg het Concertgebouworkest een nieuwe dirigent. Bernard Haitink vertrok naar Londen en werd opgevolgd door Riccardo Chailly. Onder zijn leiding trad het orkest in 1988 letterlijk naar buiten; tijdens de Uitmarkt gaf het een concert op het Museumplein. Op het programma stonden de Bolero van Maurice Ravel en de Schilderijtentoonstelling van Moessorgski, gecomponeerd als pianowerk maar later georchestreerd door – andermaal – Ravel. Het kan toeval zijn geweest, maar aangezien Ravel in 1937 stierf (Moessorgski was toen al lang dood) waren beide werken net sinds 1 januari 1988 vrij van auteursrecht,<sup>1</sup> en hoefde het orkest dus niets te regelen met Buma – noch iets te betalen. En gezien de grootte van het publiek (het Museumplein was aardig vol) zal dat bij de gangbare tarieven van Buma al snel een substantiële besparing hebben opgeleverd.<sup>2</sup> Het verval van het auteursrecht kan dus duidelijk voordeel opleveren voor de gebruikers.

2. Dat geldt niet alleen voor het auteursrecht. De meeste intellectuele eigendomsrechten (i.e.-rechten) hebben een beperkte looptijd, en vervallen dus door tijdsverloop. De geldigheidsduur verschilt overigens nogal van recht tot recht: het modelrecht duurt maximaal 15 jaar terwijl het auteursrecht met een beetje goede wil tien keer zo lang kan duren, bijvoorbeeld als het gaat om een jeugdwerk van een eerst op

\* Prof. mr. J.H. Spoor is als hoogleraar intellectuele eigendom verbonden aan de Vrije Universiteit en advocaat te Amsterdam.

1. Tot 1995 eindigde het auteursrecht 50 jaar na het sterfjaar van de auteur. Eind dat jaar werd die termijn verlengd met 20 jaar, waarover hieronder meer.
2. Dat de voorstelling voor het publiek gratis was is auteursrechtelijk niet relevant, en is voor Buma op zichzelf onvoldoende reden om van financiële aanspraken af te zien. In het algemeen gebeurt dat pas als iedereen voor niets aan een evenement meewerkt – dus niet alleen het orkest maar ook de leveranciers van de feesttent, de geluidsversterking, de verlichting, etc.

gezegende leeftijd ontslapen auteur. Ook octrooien, naburige rechten en het ‘chipsrecht’ zijn tijdsgebonden. Alleen voor merken en handelsnamen geldt geen maximum tijdsduur – zolang ze tenminste gebruikt worden.<sup>3</sup>

Ik geef eerst een overzicht van de duur van de verschillende i.e.-rechten<sup>4</sup> en ga aansluitend in op de ontwikkeling, rechtvaardiging en wenselijkheid van de geldende termijnen. Daarbij zal het accent overwegend op het auteursrecht liggen, omdat dat recht verreweg het langste duurt en over die duur het meeste te doen is geweest.<sup>5</sup>

## 2. OVERZICHT

### *Auteursrecht*

3. De tijdsduur van het auteursrecht lijkt eenvoudig vast te stellen, maar in de praktijk wil dat nog wel eens tegenvallen. Auteursrecht ontstaat vormvrij, en er zijn dan ook geen registers die uitsluitel kunnen geven over het al dan niet beschermd zijn van bepaalde werken, zodat wie het weten wil het zelf zal moeten uitrekenen. Artikel 37 Aw geeft dan als hoofdregel: 70 jaar *pma* (post mortem auctoris, oftewel na de dood van de auteur).<sup>6</sup> Als we weten wie de auteur is en wanneer hij ontslapen is, is het sommetje snel gemaakt, maar er kunnen diverse complicaties optreden.

Om te beginnen is natuurlijk altijd wel te achterhalen wanneer een auteur is overleden, maar de rechthebbenden (erfgenamen, uitgevers) hebben er lang niet altijd belang bij om die informatie aan de grote klok te hangen, en niet iedere schrijver of componist is in de WP, Encyclopedia Britannica, laat staan MS Encarta te vinden.

Verder wordt bij werken van twee of meer auteurs de termijn berekend naar het overlijden van de langstlevende. Vooral bij films

3. Ze worden daarom wel eens ‘eeuwigdurend’ genoemd, wat evenwel rijkelijk optimistisch moet worden geacht.
4. Met uitzondering van de bescherming van topografieën van halfgeleiders (in de wandeling beter bekend als het *chipsrecht*) die praktisch een dode letter is.
5. Daarmee vertoont deze bijdrage diverse raakvlakken met het zeer informatieve artikel van Sloot elders in dit boek. De deadlines voor inlevering van de kopij lieten ons helaas geen ruimte om op elkaars artikelen in te gaan. De hier en daar verschillende invalshoeken bieden de lezer ongetwijfeld stof voor reflectie.
6. Juister gezegd: na het einde van het sterfjaar; het auteursrecht op een werk eindigt dus nooit midden in een jaar maar altijd bij de jaarwisseling.

kan het een heel gedoe zijn om uit te vinden wie allemaal tot de creatieve *crew* hebben behoord (niet iedereen wiens naam op de ellenlange titelrol staat is ook een *maker* in de zin van de wet), laat staan wanneer deze personen de laatste adem hebben uitgeblazen.<sup>7</sup> Ik zwijg dan nog over de mogelijkheid dat een werk ineens meer (en vooral, jongere of tenminste langer levende) auteurs gehad blijkt te hebben als de termijn dreigt af te lopen. De gebroeders Gershwin hebben samen veel liedjes gemaakt, waarbij George tekende voor de muziek en Ira voor de *lyrics*. Toen het auteursrecht op de composities echter in veel landen 50 jaar na George's vroege dood in 1937<sup>8</sup> dreigde te vervallen, kwam naar verluidt nieuw materiaal boven water waaruit moest blijken dat Ira (die pas in de jaren '80 overleed) zich behalve met de tekst ook persoonlijk met het scheppen van de muziek zou hebben bemoeid.<sup>9</sup>

Verdere problemen zijn het gevolg van de duurverlenging (in 1995) van 50 tot 70 jaar *pma*, als gevolg van EU Richtlijn 93/98/EEG,<sup>10</sup> en de daarmee samenhangende eventuele herleving van vervallen auteursrechten. Die duurverlenging geldt in elk geval voor werken van EU-onderdanen.<sup>11</sup> De *Bolero* van Ravel is thans dus weer

7. Artikel 40 Aw beperkt de relevante kring enigszins door te bepalen dat het auteursrecht op een filmwerk vervalt 'door verloop van 70 jaren, te rekenen van de 1e januari van het jaar, volgende op het sterfjaar van de langstlevende van de volgende personen: de hoofdregisseur, de scenarioschrijver, de schrijver van de dialogen en degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt'. In de praktijk is vaak een heel team van scenario- en dialoogschrijvers aan het werk geweest, en zal een véziende filmproducent er wie weet zelfs voor zorgen dat daar ook enkele jonge, bij voorkeur niet-rokende en ook overigens gezond levende personen bij zitten.
8. Toevallig hetzelfde jaar waarin Ravel overleed.
9. Volgens een ongepubliceerde anekdote schijnen de erfgenamen van de in 1902 overleden componist van het immer (zij het niet bij iedereen) populaire *O sole mio* in het begin van de jaren '50 eveneens geprobeerd te hebben dat werkje een langer levende co-auteur te bezorgen. De poging strandde evenwel toen bleek dat de aangewezen mede-componist pas in 1903 geboren was.
10. Richtlijn 93/98/EEG van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten.
11. Op grond van artikel 10 lid 2 van de Richtlijn geldt de duurverlenging voor alle werken die op 1 juli 1995 in ten minste één Lidstaat nog beschermd werden door de nationale wetgeving. Nu kende Duitsland reeds een beschermingsduur van 70 jaar *pma*. Naar Duits recht konden buitenlandse auteurs daar geen beroep op doen indien in hun land een kortere beschermingstermijn gold, als gevolg van de

beschermd; of dat ook geldt voor Gershwin's *Rhapsody in Blue* is minder eenvoudig te zeggen.

Nog een complicatie is, dat bij werken die pas na de dood van de auteur (maar binnen de termijn van 50 resp. 70 jaar) voor het eerst zijn gepubliceerd, de termijn loopt vanaf het jaar van eerste publicatie. Soms is echter onduidelijk of een postuum gepubliceerd werk niet toch reeds eerder was verschenen, bijvoorbeeld als feuilleton. En dit zijn bepaald nog niet alle complicaties die zich kunnen voordoen. Kortom, we weten dat het auteursrecht eindigt door tijdsverloop, maar het kan vaak een hele tijd duren voordat vaststaat dat het in concreto echt vervallen is.

4. Een andere vraag is of het auteursrecht ook al *eerder* kan vervallen door tijdsverloop. Een zeer beperkt geval daarvan vinden we in artikel 21 lid 3 BTMW: auteursrecht op een model vervalt tegelijk met het modelrecht (dus na maximaal 15 jaar); tenminste als beide rechten aan één en dezelfde houder toekomen en deze geen instandhoudingsverklaring heeft afgelegd.<sup>12</sup> Maar voor het overige gaat men er van uit dat auteursrecht als zodanig niet kan verjaren.<sup>13</sup> In het algemeen gaat het auteursrecht derhalve een mensenleven mee, plus nog een paar generaties.

### *Naburige rechten*

5. De termijn van de naburige rechten is minder lang dan die van het auteursrecht, maar toch nog steeds een halve eeuw. In de praktijk kan de effectieve beschermingsduur van fonogrammen en uitzendingen overigens nog aanzienlijk langer uitvallen, omdat bij het uitbrengen van een nieuwe editie of een nieuwe uitzending weer een nieuwe

reciprociteitsbepaling van artikel 7 lid 8 van de Berner Conventie die de beschermingstermijn in beginsel beperkt tot de duur in het land van herkomst. Die reciprociteit mag echter niet worden toegepast op werken van EU-onderdanen, aangezien dit blijktens HvJ EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken C-92/92 en C-326/92, AMI 1994, p. 91 (samenvatting) m.nt. J.J. Feenstra en S. Krawczyk (*Phil Collins*) een verboden discriminatie naar nationaliteit zou opleveren.

12. Zie bijv. Rb. Breda 3 september 1996, IER 1996, nr. 43, p. 225 (*Cassina/Sedetti*); Hof Arnhem 16 maart 1999, IER 1999, nr. 34, p. 182 (*Fietsbanden-profielen*).

13. Zie o.a. S. Gerbrandy, *Kort Commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem (Gouda Quint) 1988, p. 323; G. Schrickler (Herausg.), *Urheberrecht*, 2e druk München 1999, 102, nr. 4 (Wild).

termijn gaat lopen.<sup>14</sup> Stel dat de Nederlandse Radio Unie, een rechtsvoorgangster van de NOS, in 1947 de troonrede van koningin Wilhelmina uitzond. Op grond van artikel 15b Aw is die troonrede als zodanig niet auteursrechtelijk beschermd. De uitzending viel lange tijd evenmin onder een naburig recht; dat werd pas in 1993 ingevoerd, maar wel met gelding voor reeds bestaande prestaties.<sup>15</sup> Het recht van de NOS op de uitzending uit 1947 verviel dus eind 1998, en hetzelfde geldt voor het naburig recht op de originele opname in het NOS-archief. Als de NOS als enige over die opname beschikt, en zij die thans weer eens uitzendt, is er sprake van een *nieuwe* uitzending, waarvoor zij weer vrolijk aanspraak mag maken op 50 jaar bescherming, en die bescherming bestrijkt ook opnamen van die nieuwe uitzending door derden. Een regisseur die in – zeg 2035 – dit in 2000 opgenomen materiaal in een film wil verwerken kan dan nog steeds niet om de NOS heen, uit welke bron hij die opnamen ook weet te betrekken.<sup>16</sup>

### *Octrooien*

6. Ook octrooien vervallen door tijdsverloop, maar het octrooirecht is heel wat minder scheutig met de beschermingsduur. In het algemeen geldt tegenwoordig een maximumtermijn van 20 jaar, te rekenen vanaf de datum waarop het octrooi werd aangevraagd. Heel wat korter dus dan in het auteursrecht, en ook krijgt de octrooihouder de rest van het laatste jaar niet cadeau.

Meer in het algemeen krijgen octrooihouders vrijwel niets cadeau; na een paar jaar moeten ze zelfs een jaarlijks oplopende *instandhoudingstaxe* betalen, op straffe van voortijdig verval van het octrooi.<sup>17</sup> Het algemeen belang is er weliswaar bij gebaat dat uitvindingen worden gedaan en, niet minder belangrijk, in een octrooi-aanvraag wereldkundig worden gemaakt; het is er echter evenzeer bij gebaat dat de door het octrooi beschermde uitvinding na verloop van een liefst zo kort mogelijke tijd algemeen kan worden toegepast. Toen

14. Zie J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, tweede druk, Deventer (Kluwer) 1993, nr. 357, p. 511.

15. Art. 33 WNR.

16. Ik laat nu daar of de NOS ook zal kunnen bewijzen dat in de film gebruik is gemaakt van haar uitzending uit 2000.

17. Artikel 61 ROW 1995.



het octrooi op de kunstmatige zoetstof *aspartaam* afliep zakte de prijs van een standaardpot in korte tijd van circa 10 naar 3 gulden. Ook bij geneesmiddelen kunnen de prijsdalingen fors zijn.

7. Die geneesmiddelen vormen trouwens een verhaal op zich. De octrooiwetgeving gaat er in de meeste landen van uit dat een uitvinder aan twintig jaar genoeg moet hebben om zijn investeringen terug te verdienen en er liefst ook nog wat aan over te houden. Dat zou bij geneesmiddelen ook wel lukken, ware het niet dat farmaceutica uiterst streng worden onderzocht op effectiviteit en afwezigheid van bijwerkingen voor ze op de markt mogen komen. Vaak zijn dan al meer dan 10, soms zelfs 15 jaar verstreken sinds het octrooi werd aangevraagd, zodat de terugverdientermijn aanzienlijk is afgenomen. De Europese wetgever vond dat zo zielig dat in 1992 een regeling is ingevoerd<sup>18</sup> waarbij geneesmiddelfabrikanten een zgn. *aanvullend beschermingscertificaat* kunnen krijgen waardoor de effectieve bescherming met maximaal 5 jaar kan worden verlengd.<sup>19</sup> (Later is ook nog zo'n regeling ingevoerd voor gewasbeschermingsmiddelen).<sup>20</sup>

#### *Kwekersrecht*

8. 'De duur van het kwekersrecht bedraagt ten minste twintig jaar vanaf de dagtekening van het kwekersrecht. Bij algemene maatregel van bestuur wordt voor verschillende gewassen de duur nader bepaald', aldus artikel 51 Zaaizaad- en Plantgoedwet. 'Ten minste' betekent hier overigens niet dat het recht niet eerder zou kunnen eindigen (het vervalt onder meer ook door niet-betaling van de jaarcijns en door afstand), maar dat bij AMvB een langere duur kan worden vastgesteld. Een tiental gewassen<sup>21</sup> heeft bij de wetgever een wit voetje en geniet daarom vijf jaar langer bescherming; in het Kwekersbesluit 1990 aanvankelijk 25 jaar, tegen 20 jaar voor rassen van de overige gewassen, maar al in 1991 werd dit gebracht op 30

18. Verordening van 18 juni 1992, nr. 1768/92, Pb. L 182.

19. Tot 1977 gold een enigszins vergelijkbare bepaling op grond waarvan een octrooi dat eerst meer dan 10 jaar na de aanvraag werd verleend (wat onder de ROW van 1910 een reële mogelijkheid was omdat die wet de aanvrager de gelegenheid bood om het vooronderzoek vele jaren uit te stellen) na verlening ten hoogste 10 jaar van kracht kon blijven.

20. Verordening van 23 juli 1996, nr. 1610/96, Pb. L 198.

21. Aardappel, acacia, appel, es, iep, kers, peer, populier, pruim en wilg.

jaar, tegen 25 jaar voor de rest.<sup>22</sup>

### *Handelsnamen*

9. Het recht op de handelsnaam<sup>23</sup> ontstaat door het voeren van de handelsnaam, los van formaliteiten (zoals inschrijving in het handelsregister), en eindigt niet door tijdsverloop maar uitsluitend doordat de naam niet meer gevoerd wordt. Wel kan men ervan uitgaan dat een handelsnaam waarvan het gebruik wordt gestaakt gedurende een zekere periode een *nawerking* zal hebben; het publiek kent de naam nog als handelsnaam van de onderneming, zodat nog steeds verwarring kan optreden als een derde een al te zeer gelijkende handelsnaam gaat voeren.<sup>24</sup> Dit gevaar zal afnemen naarmate de tijd verstrijkt.

### *Merkenrecht*

10. In het merkenrecht speelt verval door tijdsverloop een grotere rol. Merken moeten worden gedeponeerd en ingeschreven; de inschrijving geschiedt voor 10 jaar,<sup>25</sup> maar kan telkens opnieuw voor eenzelfde termijn worden verlengd. In principe kan een merkrecht dus onbeperkt voortduren. De wet verbindt daaraan echter wel de voorwaarde dat het merk daadwerkelijk wordt gebruikt. Als dat vijf jaar lang niet gebeurt vervalt het merkrecht weliswaar niet van rechtswege, maar kan iedere belanghebbende het verval inroepen. En ook zonder dat het verval wordt ingeroepen verliest de merkhouder het recht om actie te nemen tegen een derde die in de *vervalrijpe* periode een overeenstemmend merk deponeert.<sup>26</sup>

Een interessante bijkomende vraag is, of de merkhouder de gevolgen van het (dreigende) verval tenminste voor een deel kan ondervangen door het merk andermaal te deponeren. In het *Triominos*-arrest<sup>27</sup> besliste het Benelux-Gerechthof dat dit inderdaad

22. Besluit van 26 juli 1991, Stb. 1991, 429.

23. Of er wel een (subjectief) *recht* op de handelsnaam bestaat is dogmatisch overigens nog omstreden; zie E.J. Arkenbout, *Handelsnamen en merken*, Zwolle (Tjeenk Willink) 1991, p. 16.

24. Zie Arkenbout, a.w., p. 14: 'In bepaalde gevallen kan een handelsnaam 'over het graf' worden beschermd [...]; bescherming is zelfs verleend in een geval dat de eiser zelf moeite deed een *nieuwe* naam ingang te doen vinden'.

25. Bij internationale depots kan de duur ook 20 jaar zijn.

26. Artikel 14C, lid 2, BMW.

27. BenGH 19 december 1996, NJ 1997, 622 m.nt. JHS (*Triominos/Triomino*).

mogelijk is, maar dat arrest heeft uitdrukkelijk betrekking op de BMW zoals die luidde vóór de aanpassing aan de Eerste Merkenrichtlijn, en aangezien de meningen in de literatuur over de toelaatbaarheid van een herhaald depot op zijn zachtst gezegd verdeeld waren,<sup>28</sup> moet nog maar worden afgewacht of het HvJ – desgevraagd – tot eenzelfde oordeel zal komen. Als het HvJ anders mocht beslissen, zal dat tot gevolg hebben dat tijdsverloop (niet-gebruik gedurende vijf jaar) niet slechts het merkrecht aantastbaar maakt, maar dat het ook de bevoegdheid om een nieuw depot te verrichten ondergraaft.

11. De omgekeerde situatie komt eveneens voor: de merkhouder vergeet de inschrijving te verlengen, en zijn recht vervalt dus door het verstrijken van de 10-jaarstermijn.<sup>29</sup> Er blijft evenwel nog een klein restje bescherming over: de ex-merkhouder heeft nog enkele jaren een actie tegen derden die de gelegenheid te baat nemen om het merk nu zelf te deponeren.<sup>30</sup>

12. Ook de *gedoogbepaling* van artikel 14bis BMW kan als een vervalbepaling worden beschouwd: de merkhouder die het gebruik van een met zijn merk overeenstemmend teken gedurende 5 jaar heeft gedoogd, kan daartegen niet meer in rechte opkomen. Daarmee verliest hij zijn merkrecht weliswaar nog niet geheel, maar wel een stukje van de exclusiviteit die het eerst garandeerde.

### *Modellen*

13. De BTMW voorziet in een beschermingsduur van maximaal 15 jaar (drie termijnen van vijf jaar); punt, uit.

Of toch niet? Modellen kunnen ook auteursrechtelijk beschermd zijn, zodat na verval van het modelrecht veelal nog een beroep op auteursrecht mogelijk blijft.<sup>31</sup> Er zijn (voorzichtig gezegd) nogal wat aanwijzingen dat de rechtspraak het auteursrechtelijke oorspronkelijkheidsvereiste in de loop der tijd soepeler is gaan toepassen, waardoor in elk geval *ongedeponeerde* modellen vaak alsnog beschermd konden

28. Zie daarover de beide conclusies A-G (bij HR en BenGH) alsmede de noot onder het arrest.

29. Met een *terme de grâce* van 6 maanden gedurende welke het verzuim nog kan worden hersteld.

30. Zie artikel 4 sub 4 BMW.

31. Mits de hierboven al genoemde formaliteiten van artikel 21 lid 3 BTMW in acht genomen zijn.

worden,<sup>32</sup> men kan dat beschouwen als een reactie op het veelal als te rigide ervaren depotvereiste.<sup>33</sup> Strikt genomen bestaat er minder aanleiding voor een dergelijke soepele beoordeling van de oorspronkelijkheid als het gaat om modellen die wél gedeponeerd zijn en hun wettelijke 15-jaarstermijn reeds opgesoupeerd hebben, maar als de oorspronkelijkheidsdrempel in een aantal gevallen stukje bij beetje verlaagd is, kan men nauwelijks verwachten dat de rechter in dit soort zaken ineens weer hogere eisen gaat stellen. En daarnaast valt niet uit te sluiten dat de rechter 15 jaar eigenlijk te kort vindt; zeker als de namaak van het model aantoont dat er nog steeds vraag naar bestaat. Dat zou weliswaar geen gewicht in de schaal mogen leggen, want de beschermingsduur is door de wetgever bepaald, maar het leven is soms sterker dan de leer.

14. Overigens zijn de dagen van de 15-jaarstermijn geteld, want artikel 10 van de Modellenrichtlijn<sup>34</sup> stelt de termijn op maximaal vijf maal vijf jaar. Wat het overigens nog steeds niet haalt bij de auteursrechtelijke beschermingstermijn.

#### *Slaafse nabootsing*

15. Vóór de BTMW in 1975 werd ingevoerd, genoten modellen krachtens art. 1401 (oud) BW bescherming tegen zgn. 'slaafse nabootsing',<sup>35</sup> een bescherming die krachtens art. 25 BTMW voor pre-1975-modellen bleef bestaan. Deze bescherming vervalt niet door tijdsverloop; het betoog dat aan de beschermingsduur van de BTMW zgn. 'negatieve reflexwerking' toekomt op grond waarvan ook de actie uit onrechtmatige daad slechts zou gelden voor modellen van niet meer dan 15 jaar oud werd in het *raamuitzetters*-arrest door de

32. Zie J.H. Spoor, *The Impact of Copyright on Benelux Design Protection Law*. In: J.J.C. Kabel and G.J.H.M. Mom (eds.), *Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag (Kluwer Law International) 1998, p. 59.

33. Met name bij buitenlandse modellen wil een (tijdig) Beneluxdepot nog wel eens ontbreken. De rechter staat dan voor de keus om hetzij bescherming te weigeren, hetzij door een ruimhartige interpretatie van een andere regeling (auteursrecht, onrechtmatige daad) alsnog bescherming te bieden.

34. Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen. Pb. L 289 van 28 oktober 1998, p. 28.

35. Zie o.a. HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 m.nt. PhANH, AA III, p. 10 m.nt. HB (*Karry Krane*); HR 12 juni 1970, NJ 1970, 434 m.nt. HB, BIE 1970, p. 306 (*Tomado*).

HR verworpen;<sup>36</sup> de HR concludeerde ‘dat niet aan stelsel of geschiedenis van de BTMW een argument valt te ontleen om aan te nemen dat, anders dan voor de in werking treding van de BTMW het geval was, de op grond van art. 1401 verleende of te verlenen bescherming van een model tegen slaafse nabootsing thans in tijdsduur moet worden beperkt’. Ook het feit dat het product van eiseres het voorwerp van een (inmiddels reeds geruime tijd vervallen) octrooi was geweest deed aan de aanspraak op bescherming tegen slaafse nabootsing niet af.<sup>37</sup> Vooralnog moet er daarom van worden uitgegaan dat de aanspraak op bescherming tegen slaafse nabootsing niet vervalt door tijdsverloop.<sup>38</sup>

### 3. DE ONTWIKKELING VAN DE AUTEURSRECHTELIJKE BESCHERMINGS-TERMIJN

16. Tot zover dit nogal ‘technische’ overzicht, dat (hoewel ongetwijfeld reeds vrij vermoeiend) verre van uitputtend is. Minstens zo interessant is de vraag *waarom* de verschillende rechten überhaupt vervallen, en – gegeven *dát* ze vervallen – hoe de verschillende termijnen die we in het geldende recht aantreffen eigenlijk gemotiveerd worden.

Die vragen zijn intussen gemakkelijker gesteld dan beantwoord. Zoveel is zeker, dat de verschillende termijnen niet alleen per deelgebied van de intellectuele eigendom verschillend zijn, maar dat ze ook in de loop van de tijd en van land tot land nogal variëren, al nemen de nationale verschillen steeds verder af.

17. Andermaal is dat het duidelijkst zichtbaar in het auteursrecht. De Nederlandse Auteurswet van 1881 kende naar hedendaagse maatstaven ietwat wonderlijk gedifferentieerde termijnen voor verschil-

36. HR 31 mei 1991, NJ 1992, 391 m.nt. DWFV (*Borsumij/Stenman*).

37. Zie rov. 3.7: ‘Het onderdeel miskent dat het systeem van het octrooirecht – kort gezegd: een in de tijd beperkt uitsluitend recht van de uitvinder dat deze bescherming geeft, gekoppeld aan de eis van openbaarmaking van de uitvinding zodat derden daarop kunnen voortbouwen – wel meebrengt dat na afloop van de bescherming uit hoofde van het octrooi ieder tot toepassing van de uitvinding gerechtigd is, maar dat dit systeem geenszins een vrijbrief inhoudt voor concurrenten van de uitvinder om alsdan, ook wanneer dat voor de toepassing van de uitvinding niet nodig is, de vorm die de uitvinder aan zijn product heeft gegeven na te bootsen’.

38. Uiteraard is de bevoegdheid om tegen een concrete inbreuk te ageren wel vatbaar voor verjaring.

lende exploitatievormen: 50 jaar na eerste uitgave voor ‘door den druk gemeen gemaakte werken’;<sup>39</sup> 30 jaar voor niet uitgegeven werken en voor het op- en uitvoeringsrecht daarop; 10 jaar voor het op- en uitvoeringsrecht op uitgegeven werk; 10 of 5 jaar voor het publiceren van vertalingen. De Auteurswet 1912 maakte er (als hoofdregel) over de hele linie 50 jaar *pma* van, tot dat zoals gezegd op grond van de Duur-richtlijn werd verlengd tot 70 jaar *pma*. Vijftig jaar *pma* is momenteel in grote delen van de wereld (buiten de EU) gangbaar, wat met name kan worden toegeschreven aan de Berner Conventie, die deze termijn (met enkele uitzonderingen) voorschrijft.

Rond 1900 waren de verschillen veel groter. Enkele Latijns-Amerikaanse landen kenden indertijd een qua duur onbegrensd auteursrecht, terwijl andere werkten met termijnen van 10 tot 80 jaar, vaak *pma*, soms vanaf de eerste uitgave.<sup>40</sup> Vaak golden die niet voor alle werken, maar was een kortere duur van toepassing voor met name foto’s, films en werken van toegepaste kunst (voor zover die al auteursrechtelijke bescherming genoten); iets wat ook nu trouwens nog wel voorkomt.<sup>41</sup>

#### *Rechtvaardiging van de duur*

18. Deze variatie in beschermingsduur roept eerst recht de vraag op wat nu eigenlijk de rechtvaardiging is van de geldende duur en, meer in het algemeen, waarom het auteursrecht eigenlijk niet permanent is, net als de ‘gewone’ eigendom, waarmee het dogmatisch weliswaar niet mag worden gelijkgesteld maar waar het toch wel een aantal karakteristieken mee gemeen heeft.

In het algemeen zoekt men de verklaring in een afweging van de aanspraken die de auteur kan ontlenen aan het feit dat hij het werk gemaakt heeft enerzijds en het belang van de maatschappij anderzijds. Tussen auteur en werk bestaat een nauwe band; het is ‘de uitdrukking van zijn persoonlijkheid’.<sup>42</sup> Zolang de auteur leeft prevaleren zijn

39. Zie echter artikel 13 lid 2: ‘Indien de auteur deze termijn overleeft en zijn recht nooit aan een ander heeft overgedragen, behoudt hij dat recht levenslang’.

40. J. Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907, p. 231 e.v.

41. Zie artikel 7, lid 2 en 4, BC.

42. Dat klinkt nogal hoogdravend, en het gaat natuurlijk voor lang niet alle werken even duidelijk op. Anderzijds zijn de meeste werken ook snel achterhaald en vergeten, zodat de lange duur van het auteursrecht voor die werken in de praktijk een volstrekt

belangen; na zijn dood rechtvaardigt het algemeen belang echter dat het auteursrecht na verloop van tijd eindigt. 'Das Werk, das nach einer Reihe von Jahren nicht vergessen ist, wird so sehr zum Eigengut des ganzen Volkes, ja zum Kulturgut der ganzen Menschheit werden, daß es dieser in keiner Weise entzogen, daß ihr Genuß in keiner Weise beschränkt oder verkümmert werden darf' schrijft Kohler,<sup>43</sup> en schetst vervolgens een somber beeld van tirannieke, preutse of eigenzinnige erfgenamen van grote meesters die het uitsluitend recht zouden kunnen willen misbruiken om wat zij zien als de eer van hun voorvader of de familie veilig te stellen door alleen een gekuiste dan wel in het geheel geen heruitgave van diens werk toe te staan. Dat is wellicht wat zwaar aangezet maar zeker niet geheel uit de lucht gegrepen; er zijn voorbeelden genoeg van erfgenamen die als een kloek op het werk van hun (groot)ouders willen blijven zitten.

Een praktisch argument van geheel andere orde is, dat het auteursrecht geen registergoed is, zodat het met het verstrijken van de jaren moeilijker wordt om met zekerheid vast te stellen aan wie het recht toekomt dan wel of iemand die daarvoor doorgaat inderdaad (enig) rechthebbende is.

19. Hoe dat zij, de tijdelijkheid van het auteursrecht wordt tegenwoordig algemeen geaccepteerd. Tenminste voor wat betreft de exploitatierechten, want onder meer in Frankrijk kent men het *droit moral perpétuel*: de persoonlijkheidsrechten nemen geen einde.<sup>44</sup> Althans niet op papier; de vraag hoe ze na verloop van tijd, wellicht na eeuwen, nog bevredigend moeten worden uitgeoefend lijkt moeilijker te beantwoorden. Dat is maar goed ook, want als de rechthebbenden vaststaan zouden hun goede zorgen wel eens kunnen leiden tot de reeds door Kohler gevreesde voortdurende censuur.<sup>45</sup>

theoretische kwestie is. Het lijkt niet onredelijk om te veronderstellen dat juist werken die zó goed de tand des tijds doorstaan dat er vijftig jaar na de dood van de auteur nog belangstelling voor bestaat, als regel wel een duidelijk persoonlijk stempel van de maker zullen dragen.

43. Kohler, a.w., p. 232; zo ook, zij het iets minder hoogdravend, Gerbrandy, a.w., p. 368.
44. Zie A. Lucas et H.-J. Lucas, *Propriété Littéraire et Artistique*, Paris (Litec) 1994, p. 349-350.
45. Dat de *perpétuité du droit moral* een hecht in de Franse rechtsleer verankerd principe is blijkt inmiddels wel uit het feit dat de Europese Duur-richtlijn expliciet heeft moeten afzien van harmonisering van deze termijn; zie overweging 21 van de considerans alsmede artikel 9.

20. Blijft de vraag waarom het auteursrecht eigenlijk gekoppeld is aan het leven van de auteur, en dat dan nog eens plus 70 jaar.

De meeste tijdgebonden intellectuele eigendomsrechten kennen een vaste (maximum) beschermingstermijn. Dat geldt zelfs voor het toch ook nauw met de persoon verbonden recht van de uitvoerende kunstenaar. Alleen in het auteursrecht is de beschermingsduur (als hoofdregel) aan het leven van de maker gekoppeld, met het gevolg dat de termijn voor het ene werk decennia langer kan zijn dan voor het andere, al naar gelang de leeftijd waarop de auteur het maakte en zijn uiteindelijke levensduur. Dat verschil in feitelijke beschermingsduur nemen we op de koop toe, om te voorkomen dat het auteursrecht nog bij leven van de auteur zou kunnen eindigen, wat vrij algemeen onaanvaardbaar wordt geacht. Illustratief is het lot van het voorstel, begin jaren '80, om het auteursrecht op films te beperken tot 50 jaar na eerste vertoning. Deze bepaling stuitte op breed verzet in de Tweede Kamer omdat het zou kunnen betekenen dat het auteursrecht op vroege films van bejaarde filmers nog tijdens hun leven zou kunnen eindigen. De regering hield aanvankelijk voet bij stuk, maar zwichtte alsnog toen er op werd gewezen dat dit lot de vermaarde filmer Joris Ivens zou kunnen treffen.<sup>46</sup>

Een bijkomend voordeel van de koppeling van de termijn aan het leven van de auteur is dat het sterfjaar in het algemeen eenvoudiger is vast te stellen – zeker na een halve eeuw of langer – dan (bijvoorbeeld) het jaar van eerste uitgave.

21. Vergelijkbare argumenten gelden voor de uitbreiding van de bescherming tot een zekere periode *pma*. Aan een recht dat weliswaar levenslang duurt, maar ook niet langer, heeft een auteur niet zoveel, want uitgevers en andere exploitanten zullen tenminste de zekerheid willen hebben dat het contractueel bedongen exclusieve exploitatierecht nog enige tijd voortduurt, ook als de auteur morgen onder de tram komt of anderszins het leven laat.<sup>47</sup> En ook in de verzorgingsstaat

46. Zie TK 1983-1984, 16 740, nr. 11, p. 7.

47. Zie ook HR 5 april 1991, NJ 1991, 819 m.nt. DWFV, AMI 1992, p. 135 m.nt. HCJ (*Elvis Presley*), rov. 3.3: 'Het met [de bescherming van uitvoerend kunstenaars] beoogde doel brengt mee dat degenen die met toestemming van de uitvoerend kunstenaar geluidsopnamen van diens uitvoeringen maakt, zich zijnerzijds tegen overname van die geluidsopnamen op een geluidsdrager moet kunnen verzetten ook nog gedurende enige tijd na het overlijden van de kunstenaar omdat anders de mogelijkheid van die kunstenaar om voor zijn toestemming een redelijke vergoeding



spreekt de gedachte, dat weduwe (of weduwnaar) en wezen hopelijk niet geheel onverzorgd zullen achterblijven dankzij het werk van hun man en vader (c.q. vrouw en moeder), het rechtsgevoel nog wel aan. Die laatste rechtvaardiging neemt evenwel af met het verstrijken van de jaren. Een zorgplicht voor de kinderen is één ding, de aanspraken van klein- en achterkleinkinderen doen minder klemmend aan. In zoverre lijkt 30 jaar *pma* dan ook ruim voldoende, wat voor Kohler aanleiding was om – in overeenstemming met de tot 1934 in Duitsland geldende termijn – te schrijven: ‘Eine Frist von 30 Jahren nach dem Tode halte ich aber für völlig hinreichend’.<sup>48</sup> Maar toegegeven, ook echtgenoot en kinderen kunnen de auteur wel eens langer overleven, dus komt al snel een termijn van vijftig jaar *pma* in zicht. In Duitsland werd die in 1934 ingevoerd, nadat ze in 1908 (zij het toen nog niet dwingend) al was neergelegd in de BC.

22. Daar bleef het evenwel niet bij; in 1965 werd de termijn tot 70 jaar *pma* verlengd. In het kader van een algehele herziening van het Duitse auteursrecht werd invoering bepleit van een twintigjarig zgn. *domaine public payant*, een soort wettelijke licentie na afloop van het auteursrecht op grond waarvan derden in die periode weliswaar gebruik van een werk zouden mogen maken, maar tegen betaling van een redelijke vergoeding ten behoeve van bepaalde culturele fondsen. De Duitse regering voelde daar niet voor, waarop bij wijze van compromis werd besloten om dan het auteursrecht zelf maar met twintig jaar te verlengen.<sup>49</sup>

23. Achteraf gezien was dat een politiek bedrijfsongeval, maar met verstrekkende gevolgen. Toen ruim 30 jaar later besloten werd om de duur van het auteursrecht in de EU te harmoniseren, bleek het onmogelijk om de termijn in Duitsland weer met 20 jaar te bekorten tot de in de meeste landen geldende termijn van 50 jaar *pma*, aangezien dit naar Duits recht werd beschouwd als een onconstitutionele partiële onteigening. Het alternatief – alleen werking voor de toekomst, dus voor nog niet gemaakte werken – was evenmin aanvaardbaar omdat de overgangstermijn meer dan een eeuw zou

te bedingen op onaanvaardbare wijze wordt ondergraven.’

48. Kohler, a.w., p. 234.

49. Zie W.R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 4e druk, London (Sweet & Maxwell) 1999, nr. 9-54, p. 373.

duren.<sup>50</sup> Dus stemden de overige lidstaten, de meeste nolens volens, in met de verlenging.<sup>51</sup>

24. Het gemak waarmee het auteursrecht met enkele decennia kon worden verlengd roept nogal wat twijfel op aan de intrinsieke waarde van de argumenten die voor een bepaalde duur worden aangevoerd. Cornish merkt op dat men nog wel vrede kan hebben met een verlenging als die onvermijdelijk is om het auteursrecht te harmoniseren, maar hij moet niets hebben van de door de Europese Commissie aangevoerde argumenten, die hij omschrijft als een ‘rhodomontade’<sup>52</sup> about a general Community policy in favour of copyright, and about the increasing longevity of E.U. citizens’, en vervolgt: ‘those assertions of the type indulged in by the Community, however, pass for adequate justification and that in itself is interesting. Politicians and other arbiters of legislative ‘opinion’ may know little enough of the inner workings of copyright, but they appear to accept that the archetypal forms of the aesthetic work – the creation of great literature, music and art – deserve a market-based reward which should stretch over a long period. They seem moved by a moral desire to give creators their due’.<sup>53</sup>

Inderdaad is het argument dat mensen tegenwoordig langer leven een dooddoener die nauwelijks serieus te nemen valt. Zelfs als het op zichzelf waar is betekent het immers nog niet dat kinderen van een auteur hem of haar tegenwoordig vaker dan vroeger meer dan vijftig jaar overleven. Veeleer is het andersom: het zal juist minder vaak voorkomen dat auteurs sterven terwijl hun kinderen nog jong zijn.

25. Juist dergelijke *loose assertions* roepen de vraag op of er niet méér aan de hand is, en of de duurverlenging niet vooral het resultaat is van een succesvolle lobby; niet zozeer, uiteraard, van auteurs of hun nabe-

50. Nog afgezien van de onpraktische noodzaak om in voorkomend geval niet alleen het sterfjaar van de auteur maar ook de ontstaansdatum van het werk vast te stellen, wellicht meer dan honderd jaar na dato.

51. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat enkele andere landen eveneens termijnen van meer dan 50 jaar *pma* kenden, o.a. door de zgn. oorlogsverlengingen in Frankrijk en Italië, die compensatie moesten bieden voor het feit dat werken tijdens de wereldoorlogen niet of in mindere mate konden worden geëxploiteerd; zie verder Lucas/Lucas, a.w., p. 352. Het Duitse recht vormde echter het knelpunt.

52. Volgens Webster’s on-line dictionary ([www.facstaff.bucknell.edu/rbeard/dictionary.html](http://www.facstaff.bucknell.edu/rbeard/dictionary.html)) is een rhodomontade een bombastisch, retorisch betoog.

53. Cornish, a.w., nr. 9-55, p. 373.

staanden, maar met name van uitgevers, muziekauteursrechtenorganisaties en filmproducenten. In tegenstelling tot de gebruikers zijn zij goed georganiseerd; geen wonder dat de lobby van de rechthebbenden aan het langste eind trekt. Koopmans, die terecht constateert dat de verruiming in de hele intellectuele eigendom optreedt, en zowel de beschermde objecten, de inhoud van de rechten als de duur daarvan betreft, signaleert meer in het algemeen dat er in Nederland geen organisaties zijn die zich richten op de verdediging van de vrije mededinging; daarentegen is het niet moeilijk groepen te vinden die zich inzetten voor de verdediging, en eventueel voor de uitbreiding, van octrooien, kwekersrechten en auteursrechten. Het afwegingsproces is daarom vaak onvolledig.<sup>54</sup>

26. Ook als we ons beperken tot het thema van deze bijdrage, de beschermingsduur, en tot recente ontwikkelingen daarin, zien we inderdaad haast allereerst een verlenging: in het auteursrecht een verlenging met 20, in het modellenrecht met 10, in het kwekersrecht met 5 jaar; in het merkenrecht twee gebruiksvrije jaren meer voor nieuwe depots. Bij de naburige rechten is er nog geen sprake van duurverlenging sinds de WNR tot stand kwam, maar wel daarvoor; de Conventie van Rome (1961) kent een minimum van 20 jaar; eerste aanzetten voor de WNR gingen uit van 25 jaar; in wetsvoorstel 21 244 werd dit 50 jaar, maar alleen voor prestaties van na 1963, d.w.z. van toen niet meer dan 25 jaar oud; tijdens de parlementaire behandeling werd ook dat laatste 50 jaar.

Toch is het fenomeen niet echt universeel: het *octrooirecht* vertoont een afwijkend beeld. Hoewel ook de maximumduur van het octrooi in de loop van de tijd wel is veranderd, zijn de fluctuaties zeer bescheiden. De Rijksoctrooiwet (ROW) van 1910 kende aanvankelijk een octrooi voor 15 jaar, later opgetrokken tot 18 jaar, beide echter *na verlening*. Tegenwoordig is de termijn 20 jaar *na aanvraag*, wat internationaal ook zeer gangbaar is.<sup>55</sup> Aangezien octrooien echter

54. T. Koopmans, *Intellectuele eigendom, economie en politiek*, AMI 1994, p. 107 (109).

55. Ingevolge art. 33 van het TRIPS-verdrag moet een bescherming van tenminste 20 jaar vanaf de aanvraag beschikbaar zijn. De ROW 1995 kent naast het 20-jarige overigens ook nog een 6-jarig octrooi. De aanvrager kiest daar echter zelf voor; de wet biedt hem de mogelijkheid van een octrooi voor 20 jaar.

maar zelden binnen de twee jaar,<sup>56</sup> en ook lang niet altijd binnen de vijf jaar verleend worden komt dat in feite neer op een verkorting van de termijn. Voor geneesmiddelen etc. komt daar zoals gezegd dan nog maximaal 5 jaar bij, maar ook hier geldt dat de effectieve beschermingsduur relatief beperkt is, omdat de extra termijn samenhangt met de lange duur van de toelatingsprocedure. Voor de octrooihouder is het altijd nog aanzienlijk interessanter om het product zo snel mogelijk op de markt te krijgen dan om het te moeten hebben van een aanvullend beschermingscertificaat.<sup>57</sup>

Kortom, de duur van het octrooi is slechts een fractie van die in het auteursrecht, en is in de loop van de tijd nauwelijks toegenomen. Het zou wel merkwaardig zijn als pressie door belangengroepen nu juist op het gebied van het octrooirecht geen rol zou (kunnen) spelen, maar tot duurverlenging leidt dat dus niet. Kennelijk is er nog iets meer aan de hand.

### *Monopolie en concurrentie*

27. Zowel Koopmans als Cornish gaan er impliciet van uit dat intellectuele eigendomsrechten monopolies scheppen waarvoor weliswaar in eerste instantie een rechtvaardiging bestaat, maar waaraan nadelen verbonden zijn die in de loop van de tijd de overhand krijgen. Bescherming stimuleert het maken en op de markt brengen van werken, het doen van uitvindingen en het openbaar maken daarvan, maar die doelstellingen vergen geen lange beschermingsduur en een verlenging daarvan levert heus geen extra *incentive* op. Op morele gronden verdient de auteur verder een levenslange bescherming, en hebben zijn erfgenamen nadien nog een aanspraak, die echter na verloop van tijd is uitgewerkt. Omgekeerd werkt het monopolie kostenverhogend en is het, zodra de genoemde rechtvaardigingen zijn uitgewerkt in strijd met het algemeen belang en moet het dus zo beperkt mogelijk gehouden worden.

Daarbij passen evenwel een paar kanttekeningen. Inderdaad geeft

56. Afgezien van de registratieoctrooiën onder de ROW 1995, waarvan de waarde echter betrekkelijk is zolang ze niet alsnog onderzocht zijn, en die verder maar een fractie van alle voor Nederland verleende octrooiën vormen; de door het Europees Octrooibureau verleende vooronderzochte octrooiën maken meer dan 90 % van het totaal uit.

57. Onder meer omdat de rentelasten op de reeds gedane investeringen doorlopen en omdat er altijd het risico is dat de concurrentie intussen met een beter product komt.

een langere bescherming dan – zeg – 20 of 25 jaar geen extra stimulans om een werk of wat dan ook te maken of op de markt te zetten. Denkbaar is evenwel dat een exclusief recht ook later nog een positieve bijdrage levert aan de (voortgezette) exploitatie van het object, en dus aan de verkrijgbaarheid daarvan voor het publiek; exclusiviteit kan voor een bedrijf voorwaarde zijn om in de productie en marketing te blijven investeren. We kunnen dus niet op voorhand uitsluiten dat het monopolie ook positieve effecten kan hebben. Belangrijker echter nog is, dat het de vraag is of het exclusieve recht per definitie een kostenverhogend monopolie inhoudt en daarmee tegen het algemeen belang indruist. Misschien vormt het beperkte verzet tegen duurverlenging juist een aanwijzing dat het met de nadelige effecten eigenlijk wel meevalt, en dat degenen die het aangaat dan ook weinig reden zien om veel weerwerk te bieden.

28. Intellectuele eigendomsrechten zijn exclusieve rechten en geven dus een monopolie. Dat is een suggestieve term, en daarom kan het geen kwaad om de vraag te stellen hoe groot dat monopolie eigenlijk is. Daarop valt geen algemeen antwoord te geven; waar het om gaat is vooral, of de gebruiker alternatieven heeft. Alternatieven betekenen immers concurrentie, wat de betekenis van het monopolie sterk relativeert.

Voor geoctrooierde producten bestaan vaak geen alternatieven, wat gewoonlijk direct aan de prijs valt te merken. En ook als er wél alternatieven bestaan, is die keus lang niet altijd neutraal, en zijn er objectieve redenen om aan het ene of het andere product de voorkeur te geven; zelfs de keuze tussen aspirine<sup>58</sup> en paracetamol is niet onverschillig, ook al zijn het beide huiselijke pijnstillers, want het een remt tevens de bloedstolling en het ander niet.<sup>59</sup> Kortom, octrooien monopoliseren niet zelden de beste of zelfs de enige oplossing voor een bepaald probleem; een echt monopolie derhalve, dat dus bij voorkeur zo beperkt mogelijk moet blijven.

Kennelijk denken ook de direct betrokken belanghebbenden – globaal gezegd het bedrijfsleven – daar zelf zo over, want van een pressie om de duur van octrooien te verlengen valt zoals gezegd

58. Juister gezegd: acetylsalicylzuur (acetosal), want Aspirine is een merk en geen soortnaam; tenminste niet rechtens.

59. Beide producten zijn overigens al lang niet meer door octrooien beschermd, maar voor wél geoctrooierde producten gelden analoge argumenten.

weinig te merken. Bedrijven zijn dan ook niet alleen geïnteresseerd in een exclusief recht op hun eigen uitvindingen, maar ook en misschien nog wel meer in vrij beschikbare technologie. Tegenover de eigen octrooiën staat vaak een veelvoud aan octrooiën van derden waarmee terdege rekening moet worden gehouden en die de vrije speelruimte aanzienlijk kunnen beperken.<sup>60</sup> Een lobby voor verlenging van de geldigheidsduur van octrooiën kan dan ook zeker niet op brede steun van het bedrijfsleven rekenen.

Op het eerste gezicht lijkt het of dat bij farmaceutica anders ligt; de farmaceutische concerns zijn er immers in geslaagd om het aanvullend deelcertificaat ingevoerd te krijgen. Bij nader inzien gaat het hier echter om een sector waar nu juist wél georganiseerd tegenspel kan worden geboden door de afnemers; juist gezegd, door de financiers van de gezondheidszorg. Tegenspel uit die hoek is bij mijn weten echter uitgebleven; wellicht omdat men aanvullende bescherming in dit geval niet onwenselijk achtte. Ongetwijfeld zouden de grote farmaceutische winstmakers (waarbij de researchkosten in een paar jaar kunnen worden terugverdiend) er ook zonder die verlenging wel gekomen zijn; de ontwikkeling van minder breed toepasbare (maar daarom niet minder belangrijke) geneesmiddelen zou zonder de mogelijkheid van een aanvullende beschermingstermijn echter wel eens kunnen stagneren. Dat is niet in het belang van de gezondheidszorg.

29. Voor de objecten van de overige rechtsgebieden (wellicht met uitzondering van het kwekersrecht) geldt in feite dat er vrijwel steeds alternatieven bestaan of gecreëerd kunnen worden. Werken van letterkunde of kunst worden – rechtens – juist beschermd op basis van hun subjectieve karakter; door de bibliotheken ooit treffend onder woorden gebracht met de leuze *Lees toch wat je lekker vindt*. En inderdaad, of je nu de voorkeur geeft aan Baantjer of Bernlef, aan Sjostakowitsj of aan The Sound of Music, dat is bij uitstek een persoonlijke keuze; er bestaat maar zelden een objectieve *noodzaak* om een bepaald werk uit te kiezen.<sup>61</sup> Dat bevordert de concurrentie;

60. Zo staat de compact disc te boek als een uitvinding van Philips. In werkelijkheid bouwde Philips echter voort op een hele reeks geoctrooïerde uitvindingen van derden, en waren tal van licenties voorwaarde om het product überhaupt te kunnen lanceren.

61. Niet iedere student die de lijst van verplichte tentamenliteratuur bekijkt zal het met

als een boek te duur is vind je gemakkelijker een alternatief dan als het gaat om een geotrooieerd geneesmiddel. Bovendien beschermt het auteursrecht (globaal gezegd) de vorm en laat het de inhoud vrij, terwijl een reeks beperkingen de resterende scherpe kantjes van het recht nog wat verder afvijlt. Voor naburige rechten en modellen geldt grosso modo hetzelfde. De rechthebbende die zijn exclusieve recht gebruikt om het onderste uit de kan te halen dreigt zichzelf dan ook uit de markt te prijzen. Kortom, het ‘monopolie’ is lang niet zo exclusief als het lijkt.

30. En daarmee is het de vraag of een verlenging van het auteursrecht werkelijk de maatschappelijke kosten opdrijft. De enkele constatering dat na afloop van het auteursrecht geen royalty’s meer aan rechthebbenden hoeven te worden betaald is daarvoor onvoldoende; wellicht staan tegenover die royalty’s ook besparingen omdat het exclusieve recht een efficiëntere exploitatie mogelijk maakt. Het zou nuttig zijn om eens na te gaan of werken na afloop van de bescherming daadwerkelijk veel goedkoper worden. Misschien gaat het op voor muziek (waar het beeld overigens wordt versluierd doordat de naburige rechten niet tegelijk met het auteursrecht eindigen); maar als er al een duidelijk prijsverschil bestaat tussen beschermde en onbeschermde muziek zou dat wel eens veel meer het gevolg kunnen zijn van het monopolie van de muziekauteursrechtorganisaties dan van het absolute recht als zodanig. Buma en Stemra hanteren nu eenmaal vaste tarieven, ongeacht de populariteit of de leeftijd van een werk. Dat tarief daalt in één keer tot nul als het auteursrecht afloopt. In een stelsel met meer concurrentie, zoals bij literatuur, zou de prijsvorming wel eens geheel anders kunnen verlopen.

31. Ook het (met name in de USA) wel als bezwaar tegen duurverlenging aangevoerde argument van de ‘beperking van de informatievrijheid’ kan niet overtuigen. Als we uit een oogpunt van informatievrijheid kunnen leven met een auteursrecht tot 50 jaar pma, kunnen die 20 jaar extra niet ineens een onaanvaardbare vrijheidsbeperking opleveren. Dat wil niet zeggen dat die informatievrijheid niet onder druk staat, maar alleen dat die druk niet het gevolg is

deze uitspraak eens zijn, en inderdaad gaat deze redenering bij wetenschappelijk werk niet zonder meer op. Overigens hebben degenen die een literatuurlijst opstellen meer keus; zelfs als er maar één handboek is, want zonodig kunnen ze altijd zelf nog een syllabus schrijven.

van duurverlenging. Veeleer ligt het probleem in de groei van de auteursrechtelijke bevoegdheden en de gelijktijdige inperking van de traditionele beperkingen<sup>62</sup> (maar dit terzijde).

32. Al met al lijkt het er op dat de argumenten voor zowel als tegen duurverlenging deels onhoudbaar en deels voorsnog onbewezen zijn. Hoe komt het dan dat de keuze meestal toch ten gunste van de verlenging uitvalt? Misschien zit de verklaring wel in de al aangehaalde opmerking van Cornish, dat 'Politicians and other arbiters of legislative 'opinion' may know little enough of the inner workings of copyright, but they appear to accept that the archetypal forms of the aesthetic work – the creation of great literature, music and art – deserve a market-based reward which should stretch over a long period. They seem moved by a moral desire to give creators their due'. Dat geldt niet alleen voor politici. De rechtspraak over de bescherming van ongedeponeerde modellen biedt vele voorbeelden van gevallen waarin gebruik of nabootsing van ongedeponeerde of niet meer modelrechtelijk beschermde modellen toch onrechtmatig werd geacht, of daartoe nu de slaafse nabootsing dan wel het auteursrecht in stelling werd gebracht. Er bestaat kennelijk een sterke geneigdheid om gebruik van prestaties van anderen onbehoorlijk en ontoelaatbaar te achten.

En op hun beurt staan rechters daarin ook weer niet alleen. De overtuiging lijkt veld te winnen dat in feite *ieder* product, stoffelijk of onstoffelijk, *ieder* idee, *iedere* voorsprong beschermd moet kunnen worden tegen gebruik en nabootsing, en dat eventuele baten ervan welhaast per definitie terecht horen te komen bij de bedenker. Ook al roept de resulterende groei van de intellectuele eigendomsrechten protest en verzet op, waarbij de informatievrijheid en het algemeen belang in stelling worden gebracht, als het puntje bij paaltje komt leggen die rationele argumenten het telkens opnieuw af tegen het gevoel dat degene die iets maakt daarvan *eigenaar* is, en dat derden die eigendom hebben te respecteren.

Voorsnog is dit niet meer dan een hypothese, die nadere studie en onderbouwing behoeft. Op deze plaats ontbreken daarvoor de tijd en ruimte. Maar als inderdaad de overtuiging leeft en zelfs verder veld

62. Met name de vérgaande restrictie van de auteursrechtelijke beperkingen in de ontwerp-Auteursrechtlijn geeft in dit opzicht reden tot bezorgdheid.



wint dat het gebruik van andermans prestaties – zonder toestemming of op zijn minst vergoeding – welhaast per definitie *not done* is, zal de intellectuele eigendom, inclusief de duur van de verschillende rechten, wel blijven groeien.

# De controverse over de duur van de Amerikaanse auteursrechtelijke bescherming en haar betekenis voor het Nederlandse auteursrecht

*B.P. Sloot\**

## 1. INLEIDING

Eric Eldred, een technisch analist voor een computertijdschrift, ontwierp in 1995 in zijn vrije tijd een website – ‘Eldrich Press’<sup>1</sup> – waarop hij in de loop der tijd een aantal boeken plaatste die niet of nauwelijks meer in druk waren te verkrijgen. Hij beperkte zich tot werken waarvan de auteursrechtelijke bescherming was verlopen, dus tot werken die zich bevonden in het publieke domein.<sup>2</sup> Hij voorzag sommige van deze online boeken, zoals Nathaniel Hawthorne's *The Scarlet Letter* van een glossarium, een tijdbalk, illustraties en een biografie van de auteur. Zijn website, die tienduizenden malen per dag werd bezocht en positieve reacties uit de hele wereld ontlokte, werd een groot succes. In 1997 werd de ‘Eldrich Press’ door de *National Endowment for the Humanities* genoemd als een van de beste websites op het terrein van de humaniora. Aangemoedigd door deze blijken van waardering maakte hij plannen om zijn elektronische bibliotheek flink uit te breiden met werken die successievelijk in het publieke domein terecht zouden komen. Eldreds plannen werden doorkruist door de Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) van 1998,<sup>3</sup> genoemd naar de toen onlangs overleden zanger Sonny Bono die naderhand een politieke carrière maakte als lid van het Huis van

\* Prof. mr. B.P. Sloot LL.M is als hoogleraar intellectuele eigendom verbonden aan de Open Universiteit te Heerlen.

1. <http://www.eldred.ne.mediaone.net/>.

2. Zie Daren Fonda, Copyright Crusader, *The Boston Globe Magazine*, 28 augustus 1999, waaraan de gegevens over Eldred worden ontleend. <http://www.boston.com/globe/magazine/8-29/featurestory1.shtml>.

3. *Pub. L. No. 105-298*, 112 *Stat.* 2827; de bepalingen betreffende de beschermingstermijnen van het auteursrecht zijn neergelegd in 17 *U.S.C.* § 301 e.v.

Afgevaardigden. De CTEA verlengt voor nieuwe en reeds bestaande werken de expiratietermijn van het Amerikaanse auteursrecht met een extra twintig jaar. Werken die geproduceerd zijn door individuen worden nu 70 jaar in plaats van 50 jaar p.m.a.<sup>4</sup> beschermd. Werken die anoniem of onder pseudoniem zijn vervaardigd of zijn gemaakt in dienstverband<sup>5</sup> genieten nu een bescherming van 95 jaar na het moment van publicatie. De voorstanders van de CTEA hadden een effectief argument waarmee de wetgever uitstekend uit de voeten kon: bescherming van de Amerikaanse auteursrechten in het buitenland. In het bijzonder had men daarbij Europa waar de meeste royalty's vandaan kwamen op het oog. Indien de Amerikaanse wetgeving niet met de Duurrichtlijn 1993<sup>6</sup> van de Europese Unie, die een beschermingstermijn van 70 jaar p.m.a. biedt, zou worden geharmoniseerd, dan zouden Amerikaanse auteursrechthebbenden op grond van de 'rule of the shorter term' van die richtlijn, inhoudende dat auteursrechthebbenden uit derde landen met een kortere beschermingstermijn dan die van de EU slechts de 'eigen', kortere beschermingsduur genieten, ernstige schade ondervinden.

Voor aanvaarding van deze wet is enorm gelobbyd in het bijzonder door de muziek- en filmindustrie voor wie grote belangen op het spel stonden. Vooral de Walt Disney Corporation kwam op voor zijn belangen.<sup>7</sup> Mickey Mouse, copyright verleend in 1928 als Steamboat

4. P.m.a. staat voor *post mortem auctoris*, d.w.z. na de dood van de auteur.
5. De zgn. 'works made for hire', te vergelijken met het werkgeversauteursrecht van art. 7 Auteurswet.
6. Richtlijn 93/98 EEG van de Raad betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb L* 290/9 d.d. 24 november 1993. Hierna: (EU-)duurrichtlijn.
7. Michael Eisner, de voorzitter van het bestuur van Disney zou persoonlijk hebben gelobbyd bij Lott, de voorzitter van de republikeinse fractie in de Senaat, aldus Bill McAllister in zijn artikel 'A Capital Way to Stop a Headache', *The Washington Post*, 15 oktober 1998; zie ook Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort. Congress OK's Bill Granting Creators 20 More Years, *Chicago Tribune*, 17 oktober 1998. Maar ook de erfgenamen van de muziekrechten van George Gershwin zongen stevig mee in het koor der lobbyisten, ook al omdat in 1999 Gershwins *Rhapsody in Blue* in het publieke domein dreigde te vallen, zie: John Salomon, *Rhapsody in Green*, *The Boston Globe*, 1 maart 1999, p. E02. Neef Mark Gershwin maakte er een punt van dat het de familie niet zo zeer om het geld te doen was als wel om het beheer van de nalatenschap. Zo zou de familie willen verhinderen dat *Porgy en Bess* door niet Afro-Amerikaans artiesten zou worden

Willie, zou zonder een verlenging van de termijn in 2004 het publieke domein hebben betreden, nu wordt dat 2019.<sup>8</sup> Het wetsvoorstel ontmoette nauwelijks georganiseerde tegenstand en de wetgever leek slechts voordelen te zien. De argumenten tegen het wetsvoorstel vanuit een brede kring van hoogleraren auteursrecht<sup>9</sup> waren op een enkele uitzondering na tegen dovemansoren gericht.

Op 27 oktober 1998 werd de CTEA door president Clinton ondertekend en geruisloos ingevoerd omdat alle aandacht op dat moment uitging naar het impeachment schandaal rond de president, dat op dat moment zijn hoogtepunt bereikte met het verschijnen van het *Star Report*.

Eldred liet protesten horen tegen deze wettelijke beperking van zijn werkzaamheden als uitgever en slaagde erin daar enige aandacht voor te krijgen, onder andere van professor Lawrence Lessig van de Harvard Law School. Deze overreedde hem de wet bij de rechter op haar grondwettigheid te laten toetsen. Lessig verwierf steun bij zijn collegae van het Berkman Center for Internet & Society, een onderzoeksinstituut van de Harvard Law School, en was bereid de zaak pro bono op zich te nemen. In januari 1999 maakte Eldred de zaak tegen de regering, i.c. de Minister van Justitie – Janet Reno aanhangig bij de federale rechter te Washington, D.C. Aldus wordt de rechtspolitieke strijd nu gestreden voor de rechter.

Deze bijdrage gaat in op de argumenten die de voor- en tegenstanders van de duurverlenging van de Amerikaanse auteurswet te berde

opgevoerd. John Salomon merkt hierover op: ‘Yet that type of restrictions seems contrary to the Framers’ wishes. Would Shakespeare’s heirs have licensed ‘Romeo and Juliet’ for a musical about a New York City gang war, like ‘West Side Story’? Or Thomas Nast’s descendants have asked for royalty every time Santa Claus or Uncle Sam is depicted?’

8. Volgens de New Yorkse investeringsbank Salomon Smith Barney was ‘Mickey Mouse’ in 1998 goed voor \$8 biljoen aan inkomsten, zie Daren Fonda, ‘*Copyright Crusader*’, voetnoot 2.
9. Statement of Copyright and Intellectual Property Law Professors in Opposition to H.R. 604, H.R. 2589, and S. 505 (‘The Copyright Term Extension Act’) Submitted to the Committees on the Judiciary United States Senate United States and House of Representatives by Dennis S. Karjala, Professor of Law, Arizona State University, January 28, 1998. Dit ‘statement’ van meer dan 30 pagina’s is ondertekend door bijna 60 hoogleraren. Karjala c.s. hebben zich al een vroeg stadium fel gekeerd tegen een verlenging van de beschermingsduur, zie D.S. Karjala, Comment of US Copyright Law Professors on the Copyright Office Term Protection Study and Their Impact on Existing Situations, *EIPR*, 1994/12, pp. 531-537.

hebben gebracht. In § 2 staan de argumenten zoals die bij het wetgevingsproces zijn gewisseld centraal. Daarna, in § 3, valt het zoeklicht op *Eldred v. Reno* zelf, de hoofdmoot van deze bijdrage. In de slotparagraaf § 4 wordt betoogd dat kennisname van dit fundamentele debat over auteursrechtelijke beschermingsduur van belang is voor het Europese en dus ook het Nederlandse auteursrecht. De stelling die ik daar zal verdedigen is dat het juridische en rechtspolitieke debat over de beschermingsduur dient te worden heropend.

## 2. ARGUMENTEN VAN DE WETGEVER

De argumenten van de wetgever voor de verlenging van de beschermingstermijn – sedert 1976<sup>10</sup> gold 50 jaar p.m.a. – ontmoetten bij de voorbereiding nauwelijks interne of externe weerstand.<sup>11</sup> Argumenten tegen het wetsvoorstel, afkomstig uit academische kring<sup>12</sup>, vonden slechts weerklank bij enkele senatoren. Die minderheidsstandpunten binnen de Senaatscommissie van de hand van de Senatoren Brown en Kohl getuigen van een grondig meningsverschil met de meerderheid over de noodzaak van een verlenging van de beschermingstermijn.<sup>13</sup>

### *Harmonisatie met het Europese recht en versterking van de betalingsbalans*

De belangrijkste reden die de wetgever voor de verlenging van de termijn aanvoert is de auteursrechtelijke bescherming van Amerikaanse werken in het buitenland. De pijlen zijn daarbij gericht op de Europese Unie die sinds 1993 door de uitvaardiging van de duurrichtlijn een auteursrechtelijke bescherming bood van 70 jaar p.m.a. Door de ‘rule of the shorter term’ van deze richtlijn<sup>14</sup> genieten auteursrechtelijk beschermden werken van buiten de EU een kortere beschermingsduur indien in het oorspronkelijke land een kortere

10. *Public Law* 94-553, 94th Congress, 2nd session, 90 Stat. 2541.

11. The Copyright Term Extension Act of 1995: Hearing before the Committee on the United States Senate, 104th Cong.(1995); House of Representatives, Report no. 150-452 (1998).

12. Zie noot 9.

13. *Senate Report* 104-315, 104th Congress, 2nd session, minderheidsstandpunt Brown, p. 29-37; minderheidsstandpunt Kohl, p. 37-39.

14. Eu-duurrichtlijn art. 7.

termijn geldt – zoals in de VS – dan in de EU. Omdat de meeste buitenlandse royalty's uit Europese Unie komen, is dat nadelig voor de Amerikaanse betalingsbalans.

De minderheid stelde de prangende vraag: sinds wanneer laat de VS de inhoud van haar auteursrecht bepalen door de Europese Unie? Senator Brown wijst er bovendien op dat de 'rule of the shorter term' inconsistent is met de geest van de Conventie van Bern die internationale samenwerking beoogt te stimuleren door buitenlandse auteurs op voet van gelijkheid met de nationale auteurs te behandelen.<sup>15</sup> De VS volgen daarom terecht de discriminerende regel van de 'rule of the shorter term' niet.

De beoogde harmonisatie is bovendien gebrekkig. De landen van de EU die een 'corporate copyright ownership' kennen, verlenen minder (70 jaar) bescherming dan de VS onder het huidige recht doen (75 jaar). Niettemin breidt de CTEA deze beschermingstermijn uit met 20 jaar tot 95 jaar.<sup>16</sup>

#### *Stimulering van de investeringen in bestaande auteursrechtelijk beschermde werken*

Hierbij had het Congres in het bijzonder de conversie van bestaand werk naar digitale vorm op het oog. Zonder een verlengde periode van exclusiviteit zouden deze investeringen niet worden gedaan. Het argument dat hiertegen in wordt gebracht is dat het auteursrecht niet bedoeld is als een subsidieregeling voor ondernemingen. Bovendien is er geen empirische onderbouwing voor de bewering dat de langere beschermingsduur een stimulans vormt voor (her)scheppen van nieuwe werken; in ieder geval is het middel daarvoor te grofmazig.

#### *Faire voorzieningen voor de afstammelingen van de auteurs*

Door de toegenomen levensverwachting zou de termijn van 50 p.m.a. te kort zijn geworden.<sup>17</sup> Na de dood van de auteur zouden de kinderen van de kleinkinderen geen revenuen kunnen ontvangen van het werk. Van zijn kant rekent Senator Brown voor dat de uitbreiding tot 70 jaar

15. Berner Conventie (Akte van Parijs 1971), art. 5.

16. 17 U.S.C. sec. 102 (b)(4).

17. *Senate Report*, p. 28.

p.m.a doorgaans zes of zeven generaties zou beslaan.<sup>18</sup> Is een faire beloning voor auteurs, laat staan hun nazaten, überhaupt wel een grondslag voor het Amerikaanse auteursrecht? De Copyright Clause<sup>19</sup> beoogt slechts een stimulans te geven voor creativiteit.

### *Stimulans voor het creëren van nieuwe werken*

Deze stimulans geldt niet alleen voor individuele auteurs<sup>20</sup> maar ook voor ondernemingen. Volgens de Senaatscommissie zouden de revenuen van reeds bestaande werken het scheppen van nieuwe, risicovolle werken subsidiëren. Deze overweging zou met name gelden voor filmstudio's. Op de lange termijn is dit gunstig voor het publieke domein.<sup>21</sup>

Het is te absurd voor woorden te veronderstellen dat een beschermingstermijn van 50 jaar p.m.a. geen voldoende stimulans voor het scheppen van nieuwe werken zou zijn, aldus Brown. Daar is geen enkel bewijs voor geleverd.<sup>22</sup>

'Do you know any creator that would fail to create if the monopoly grant ran out at life-plus-50 years of protection rather than life-plus-70 years? Would Hemingway have produced another work if he were guaranteed another 20 years of copyright protection? Would Wyeth have painted more? Would Sinatra have sung more? This suggestion is ludicrous.'

Integendeel, verlenging van de beschermingstermijn schaadt het publieke domein. Brown doet een beroep op auteursrechtgeleerde

18. 'To understand how this would apply to current works, look at what life-plus-70 years would mean for the next Irving Berlin. He wrote 'Alexander's Ragtime Band' in 1915. He lived until 1989. If the proposed new standard of life-plus-70 years applied to Berlin, his song, 'Alexander's Ragtime Band' would not be freely available to the public until 2059. The length of Berlin's copyright term or monopoly grant would be from 1915 to 2059, or 144 years from creation. We would thus be denying seven generations of Americans the right to freely use the song'. *Senate Report*, p. 30.
19. 'The Congress shall have [the] power ... to promote the Progress of Science and Useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.' U.S. Const., art. I, sec. 8, cl. 8.
20. Een aantal auteurs had voor het Congres getuigd dat de verwachting van een adequate auteursrechtelijke bescherming voor henzelf maar ook voor hun kinderen en kleinkinderen een belangrijke stimulans vormde. *Senate Report*, p. 31.
21. *Senate Report*, p. 34.
22. *Senate Report*, p. 30.

Nimmer, die op zijn beurt verwijst naar een uitspraak van het Supreme Court.<sup>23</sup>

‘Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author’s creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good.’

De CTEA geeft ook bestaande werken een extra beschermingstermijn van 20 jaar. Het is onmogelijk om met terugwerkende kracht een stimulans te geven om nieuwe werken te scheppen; bovendien zijn vele auteurs van bestaande werken al overleden. Het gevolg is dat de huidige eigenaren van auteursrechten ten laste van de consument een enorme winst in de schoot krijgen geworpen.

Stimulansen om te scheppen komen voor een deel van werken die zich in het publieke domein bevinden. Deze werken kunnen inspireren, men kan ze bewerken en verbeteren. Doordat de CTEA een 20-jarig moratorium instelt voor het binnentreden van nieuwe werken in het publieke domein, verschaalt het publieke domein. Indien de wet werkelijk de bedoeling heeft om stimulansen te geven dan dienen de auteurs, en niet de eigenaren van het auteursrecht (meestal ondernemingen) de extra 20 jaar te krijgen.<sup>24</sup>

### *Economie versus recht*

De meerderheid heeft voornamelijk oog voor het veronderstelde economische voordeel van de wet; van nadelen rept zij niet. De minderheid stelt daar tegenover dat het economische voordeel gedeels terecht komt bij de auteursrechthebbenden – en dat zijn vooral bedrijven – en dat het Amerikaanse publiek daarvoor de rekening

23. Melville B. Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright 1.03[A](1996), onder aanhaling van *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 (1932) en *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975).

24. Senator Brown had een amendement van die strekking ingediend, dat echter was verworpen. Senator Brown merkt bovendien op dat de auteursrechthebbenden sowieso niet te klagen hebben omdat ook de omvang van het auteursrecht in de VS sterk is toegenomen. Als voorbeeld noemt hij de opreiking van het begrip ‘exclusieve rechten’ dat vóór 1978 werd gedefinieerd in termen van ‘use for profit’ maar nu elke openbare weergave van een werk omvat, ongeacht of hier winst of geen winst mee gemaakt wordt. *Senate Report*, p. 30.



krijgt gepresenteerd. De suggestie van de meerderheid dat de verlenging geen verliezers kent, vindt zij misplaatst. Immers, de verliezer is het publieke domein. Zij doet een nadrukkelijk beroep op de Copyright Clause. Deze is niet bedoeld om de handelsbalans met Europa te verbeteren<sup>25</sup> maar legt de bevoegdheid van het Congres om een auteurswet tot stand te brengen aan banden. In de eerste plaats moet de beschermingsduur beperkt zijn; in de tweede plaats moet het auteursrecht worden verleend aan auteurs; en op de derde plaats moet het auteursrecht de 'useful arts' bevorderen. Op grond van deze criteria kan de CTEA de toets van de Grondwet niet doorstaan.<sup>26</sup>

### 3. ELDRED VERSUS RENO

Het waren vooral economische argumenten, die voor de wetgever de doorslag gaven voor de verlenging van de duur van het auteursrecht. Van juridische, i.c. constitutionele bezwaren wilde de wetgever niet weten. Het is evident dat in de rechtszaal de rollen zijn omgedraaid: hier krijgen de constitutionele argumenten de kans om te floreren, terwijl de economische argumenten er slechts een ondergeschikte, indirecte rol kunnen spelen.<sup>27</sup>

Eldred<sup>28</sup> voert een drietal constitutionele argumenten aan tegen de

25. Minderheidsopvatting van Senator Kohl, *Senate Report*, XI.

26. Het wetsvoorstel werd in 1995 in het Huis van Afgevaardigden en in de Senaat ingediend, waarna beide kamers hoorzittingen hielden. Door toedoen van een lobby van restaurant- en bareigenaren, die een meer omvattende vrijstelling van het betalen van royalty's voor het ten gehore brengen van muziek in hun gelegenheden eisten, duurde het drie jaar voordat hij in maart 1998 van het Huis naar de Senaat werd gezonden. Ten slotte werd het wetsvoorstel in één dag, vlak voor het einde van de Congressionele zittingstermijn, door Senaat en Huis zonder hoofdelijke stemming goedgekeurd om op 28 oktober door President Clinton te worden ondertekend.

27. Marci A. Hamilton, Copyright duration extension and the dark heart of copyright, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 14, 655 - 660, (1996), meent dat constitutionele argumenten wel op dovemansoren moesten rekenen omdat het Congres institutioneel niet is toegerust om daar werkelijk rekening mee te houden. Het Congres is naar haar mening terecht georiënteerd op het nemen van beleidsbeslissingen, p. 657.

28. Naast Eldred hadden zich nog tien eisers geschaard, waaronder een aantal uitgeverijen dat zich had gespecialiseerd in het uitgeven van werken uit het publiek domein (Dover Publications, Higginson Book Company) en het genoemde Berkman Center for Internet and Society van de Harvard Law School. Gemakshalve

CTEA gebaseerd op respectievelijk de Copyright Clause,<sup>29</sup> de Public Trust Doctrine<sup>30</sup> en het Eerste Amendement.<sup>31</sup> Hieronder komen elk van de drie argumenten aan bod, telkens gevolgd door de tegenargumenten van Reno<sup>32</sup> en haar *amici curiae*.<sup>33</sup>

### *Het argument van de Copyright Clause*

Het Congres heeft de bevoegdheid om met inachtneming van de beperkingen van de Copyright Clause auteursrechten te verlenen. De Copyright Clause bepaalt het doel én het middel. Het doel dient te zijn: 'To promote the Progress of Science and useful Arts'; het middel is het verlenen van een 'exclusive Right' voor slechts 'limited Times' aan 'Authors'. Eldred benadrukt dat elk van de gebezigde termen, toen deze door de opstellers in de Grondwet werden opgenomen, een specifieke betekenis had, welke ze ook voor een hedendaagse interpretatie van de Copyright Clause heeft behouden. Deze historische achtergrond levert de ratio van de bepaling en is derhalve van grote betekenis. De opstellers van de Constitutie stonden buitengewoon argwanend tegenover iedere vorm van monopolie, in het bijzonder op het vlak van de vrijheid van meningsuiting. De ervaringen in Engeland – het voormalig moederland – dienden daarbij als afschrikwekkend voorbeeld. Daar had het auteursrecht gediend als een middel tot censuur voor de Kroon.<sup>34</sup> Het doel van de Copyright Clause

wordt slechts van Eldred gesproken.

29. U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8: Het Congres heeft de bevoegdheid 'To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors exclusive Right to their respective and Discoveries'.
30. Op grond van deze doctrine mag een overdracht van publieke goederen ('resources') aan particulieren slechts plaatsvinden indien daarmee een legitiem doel wordt gediend. Het constitutionele karakter van deze in de *common law* gewortelde doctrine wordt door Eldred beargumenteerd door te stellen dat deze geïncorporeerd is in de Due Process Clause., zie *Memorandum van de eisers*, pp. 66-67.
31. Dit luidt, voor zover van belang: Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or the press.
32. Janet Reno was gedagvaard in haar capaciteit als Minister van Justitie. 'Reno' en 'de regering' gebruik ik hier als synoniem.
33. De negen *amici curiae* aan de zijde van de regering bestonden o.a. uit Motion Picture Association of America, Inc., National Music Publishers Association, Inc. en de Songwriters Guild of America. Een van hun advocaten was Arthur R. Miller, hoogleraar aan de Harvard Law School.
34. *Memorandum van de eisers*, p. 21; Irah Donner, The Copyright Clause of the U.S. Constitution: Why Did the Framers Include It With Unanimous Approval? 36 *Am.*

is de 'Progress of Science and useful Arts' en dus niet het spekken van de portemonnaie van de uitgevers. De clausule spreekt van 'auteurs' omdat deze, op grond van hun grote aantal, minder snel onder één hoedje zullen spelen met de overheid zoals de uitgevers in Engeland dat hadden gedaan. De omstandigheid dat de Copyright Clause zonder enige discussie in de Constitutie was opgenomen toont de vanzelfsprekendheid van deze interpretatie aan.<sup>35</sup>

Het 'exclusive Right' van de Copyright Clause heeft als doel de auteurs in staat te stellen werken te produceren waar de markt anders verstek zou laten gaan. Door de eis dat na een beperkte tijd het auteursrecht terugkeert in het publieke domein beoogt de Copyright Clause de verspreiding van ideeën te bevorderen. Eldred refereert o.a. aan hetgeen het Hooggerechtshof hierover in 1984 had gezegd.<sup>36</sup>

'The (copyright) monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, their limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired.'

Ter ondersteuning van het argument dat 'progress, not profit' de toetssteen is van de Copyright Clause wijst Eldred op de uitspraak van het Hof in *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*<sup>37</sup> In deze uitspraak had een unaniem Hof de zogenaamde 'sweat-of-the-brow' doctrine ongrondwettig verklaard. Deze doctrine had gedurende lange tijd auteursrechtelijke bescherming geboden aan de opstellers van louter feitencompilaties. *Feist* maakt daar een eind aan met de eis dat slechts werken met een minimum aan originaliteit door de Copyright Clause worden beschermd. Dat het mogelijk is dat daardoor wellicht bepaalde werken niet worden gepubliceerd omdat uitgevers daar van afzien vanwege het gevaar van kopiëren, achtte het Hof kennelijk van geen betekenis. Eldred verbindt hieraan de conclusie dat de Copyright

*J. Legal Hist.* 31, 361 (1992).

35. id.

36. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 429 (1984).

37. 499 U.S. 340 (1991).

Clause geen algemene oplossing beoogt te bieden voor een gebrekkige marktwerking.<sup>38</sup>

*'Feist means that the only justification for suppressing speech through 'an exclusive right' is when that suppression serves the end of creativity. It is 'Progress', not profit, that is the touchstone of the 'Science and useful Arts Clause'.*

De conclusie van Eldred is dan ook dat de Copyright Clause op grond van historie en jurisprudentie strikte beperkingen stelt aan de wetgever. Een beroep op de 'Necessary and Proper Clause' of de Commerce Clause<sup>39</sup> die het Congres doorgaans zeer ruime wetgevende bevoegdheden verlenen, kunnen de beperkingen van de Copyright Clause niet omzeilen.

### *'Limited Times'*

Wat betekent dit nu voor de bepaling 'limited Times'? Doel van de Copyright Clause is de bevordering van creativiteit en niet het belonen van auteurs. Elke interpretatie van 'limited Times' dient in dit licht te worden geïnterpreteerd. De overheid meent dat 'limited Times' betekent: 'any fixed times'. Die opvatting leidt er volgens Eldred toe dat elke uitbreiding van de wet worden gezien als 'limited'. Hij merkt op dat tussen 1962 en 1998 het Congres de 'limited Times' van de auteurswet van 1909 – 28 jaar, met de mogelijkheid die te verlengen tot een maximum van 56 jaar – elf keer heeft verlengd. Uiteraard was elke verlenging 'limited'. Maar, zo stelt Eldred, daarmee verliest de bepaling elke betekenis. Het Congres dan lijkt op een kind dat gezegd wordt slechts één stuk van de cake te nemen, maar dat, ook na de zoveelste keer dat het een stuk cake heeft gepakt, er op blijft hameren dat het telkens maar één stuk heeft genomen!<sup>40</sup>

De zienswijze van het Congres en de regering dat de 'limited Times' van de CTEA zijn gerechtvaardigd, snijdt volgens de eisers geen hout. In de eerste plaats wordt het doel van de Copyright Clause – 'progress' – niet bevorderd door het retroactieve aspect van de CTEA. De auteur krijgt de extra jaren ongeacht de vraag of de auteursrechthebbende nog iets tot stand brengt. De CTEA kan

38. *Memorandum van de eisers*, p. 24.

39. Art. I, sec.8, U.S. Constitution.

40. *Memorandum van de eisers*, p. 27.

onmogelijk nog een stimulans geven aan auteurs in 1923.<sup>41</sup>

'Even the United States Congress cannot now magically expand the incentives that authors faced in 1923'.

In de tweede plaats wordt door de gewraakte interpretatie van 'limited Times' – het toestaan van een eindeloze reeks verlengingen – de auteursrechthebbenden aangespoord om aan het einde van de termijn weer bij het Congres aan te kloppen voor een verlenging. Door de 'limited Times' vooraf vast te stellen zou juist moeten worden voorkomen dat de auteursrechthebbenden voortdurend bij het Congres zouden bedelen om verlenging van hun recht. Het verweer van de regering dat het democratische wetgevingsproces de verlenging mogelijk maakt, waarvoor, zoals bij alle economische wetgeving, geen bijzondere rechtvaardiging nodig is, wordt door Eldred verworpen. Immers, de specifieke grondwettelijke beperkingen van de Copyright Clause zouden daarmee elke betekenis verliezen. De visie van Eldred op de Copyright Clause is derhalve dat 'limited Times' betekent: een termijn die niet met terugwerkende kracht kan worden verlengd. Deswege is de CTEA ongrondwettig.

#### *'Authors'*

Eldred voert aan dat de CTEA in strijd met de Copyright Clause rechten verleent aan anderen dan 'Authors'. Bij voorgaande wettelijke verlengingen van de auteursrechtelijke termijn was telkens een bepaling opgenomen die auteurs of hun erfgenamen (en niet anderen) het recht gaf op grond van de verlenging hun auteursrecht te vernieuwen, of om de verlenging te beëindigen (bijv. in de wet van 1976<sup>42</sup>). De grief is dat de CTEA hiervan afwijkt door uitdrukkelijk het recht op beëindiging zoals dat in de wet van 1976 was vastgelegd te schrappen.<sup>43</sup>

'This right of termination or renewal expresses a constitutional presumption that any grant of rights under the Copyright Act be to the direct benefits of the authors'.

41. id. p. 27.

42. *Pub. L.* no. 105-298, § 102 (d)(1)(D).

43. *Memorandum van de eisers*, p.31.

Samenvattend komt de stelling van Eldred hier op neer dat de Copyright Clause strikte beperkingen stelt aan de wijze waarop de overheid ‘speech’ mag beperken. Zij mag dat uitsluitend doen met één oogmerk: bevordering van de vooruitgang. Daarvoor staat de overheid slechts de in de Copyright Clause genoemde middelen ter beschikking: het verlenen van een exclusief recht aan ‘Authors’ voor een ‘limited Times’. Door het retroactieve element van de CTEA heeft de overheid deze beperkingen overschreden.

#### *Antwoord van de regering*

De regering, gesteund door een uitgebreid pleidooi van *amici curiae*, begint met de stelling dat het Congres een grote mate van beoordelingsvrijheid toekomt om – binnen het constitutionele kader – wetgeving tot stand te brengen die het meest effectief de doeleinden van de Copyright Clause nastreeft. Zij wijst daarbij op de uitspraak in *Sony Corporation of America v. Universal Studios*<sup>44</sup> die ook door Eldred was aangehaald.<sup>45</sup>

‘(I)t is Congress that has been assigned the task of defining the scope of the limited monopoly to be granted to authors or to inventors in order to give appropriate access to their work product.’

Het Congres hoeft daarbij niet aan te tonen dat elk afzonderlijk auteursrechtelijk beschermd werk de ‘progress’ bevordert maar mag gebruik maken van een breed scala van middelen. Gegeven deze beoordelingsmaatstaf kan er volgens de regering geen twijfel over bestaan dat de redenen die het Congres aanvoert voor de CTEA de toets van de Copyright Clause goed kunnen doorstaan. Over die redenen – harmonisering, nieuwe stimulansen, verspreiding van informatie – zegt ze het volgende.

Door de technologische ontwikkeling en de globalisering van de economie is internationale samenwerking van groot belang voor auteurs om hun werk commercieel te exploiteren en voor de regering om een effectieve bescherming te kunnen bieden aan verleende auteursrechten. De harmonisering van de wetgeving met die van de Europese Unie moet in dat kader worden begrepen. De regering

44. 464 U.S. 417 (1984).

45. id. p. 429.

verwijt Eldred dat die slechts oog heeft voor de bijzondere omstandigheden van individuele auteurs – dood of levend – en niet voor het meer algemene vraagstuk van de rechtsbescherming. Zonder internationale samenwerking in de naleving van auteurswetgeving zou het Congres haar constitutionele plicht verwaarlozen om auteurs ‘the exclusive Right to their respective Writings’ te verzekeren.

De regering verwijst naar het verslag van de Senaat waarin stond dat extra baten van een verlenging van de duur van het auteursrecht om twee redenen gunstig zijn voor de basisfuncties van het auteursrecht. In de eerste plaats vormt het vooruitzicht op extra geld een nieuwe stimulans voor het scheppen van nieuw werk en, in de tweede plaats, kan het geld verkregen door de langere beschermingstermijn worden aangewend als subsidie voor het scheppen van nieuwe werken. Dat laatste is volgens de regering met name van belang voor bijvoorbeeld de filmindustrie en uitgevers, die de productie van marginale en risicovolle werken financieren uit de inkomsten van werken die een lange levensduur hebben.

Het argument van Eldred dat de extra inkomsten geen doeltreffend middel kan zijn voor dode auteurs wordt terzijde geschoven met als tegenargument dat het nu eenmaal niet de taak is van de wetgever om na te gaan of elk auteursrechtelijk beschermd werk de ‘Progress of useful Arts’ bevordert. De CTEA is ook bedoeld om creativiteit op een meer algemene wijze te stimuleren.

De wet geeft impulsen om bestaande werken te bewaren en te verspreiden. De regering wijst op de constatering van de Senaat dat recente technologische ontwikkelingen het nu mogelijk maken om allerlei werken, die anders te gronde zouden gaan, te bewaren en of te herstellen door een proces van digitalisering. De digitale revolutie biedt daartoe nu voorheen ongekende mogelijkheden. Digitalisering vergt echter grote investeringen die zonder het vooruitzicht dat ze op langere termijn kunnen worden terug verdiend niet worden gedaan. Daarom is de door de CTEA geboden verlenging van de duur van het auteursrecht gerechtvaardigd. Deze redenering is in overeenstemming met de Copyright Clause:<sup>46</sup>

‘Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music and other arts.’

46. *Sony Corporation of America v. Universal Studios* 464 U.S., 431-432 (1984)

### *'Limited Times'*

De regering stelt vast dat óók Eldred vindt dat de beschermingsduur van de CTEA 'limited' is. Waar staat in de Copyright Clause dat de opstellers van de Constitutie het auteursrecht wilden binden aan een vaste termijn? Zij hebben de vaststelling van de duur van de termijn nadrukkelijk willen overlaten aan het oordeel van het Congres. De woorden van de Copyright Clause maken duidelijk dat:<sup>47</sup>

'the exclusive right shall exist but for a limited period, and that period shall be subject to the discretion of Congress'.

De kwestie van de retroactieve werking van de CTEA, waar Eldred zo op hamert, wordt door de regering beantwoord met verwijzing naar de relevante negentiende-eeuwse rechtspraak. Die leert dat het Congres op grond van de Grondwet verregaande bevoegdheden heeft, waaronder het uitvaardigen van retroactief werkende wetgeving.<sup>48</sup> Ook het verwijt dat het Congres met een zekere regelmaat de duur van het auteursrecht verlengt, treft geen doel. Integendeel, de regering stelt met beroep op de rechtspraak dat de bewoordingen van de Copyright Clause ('limited Times') er juist op gericht waren het Congres in staat te stellen dergelijke aanpassingen te maken indien zij dat nodig acht.<sup>49</sup>

'This evolution of the duration of copyright protection tellingly illustrates the difficulties Congress faces in attempting to 'secure for limited Times to Authors .... the exclusive Right to their respective Writings'. .. Absent an explicit statement of congressional intent... , it is not our role to alter the delicate balance Congress has labored to achieve.'

### *'Authors'*

De fundamentele moeilijkheid met de claim van Eldred dat de CTEA aan anderen dan de oorspronkelijke auteur een verlenging van de auteursrechtelijke termijn toekent is, aldus de regering, dat een

47. *Pennock & Sellers v. Dialogue*, 27 U.S. (2 Pet.) 1, 16 (1829).

48. ...for though they (i.e. wijzigingen in het patentrecht) may be retrospective in their operation, that is not a sound objection to their validity; the powers of Congress to legislate upon the subject of patents is plenary by terms of the Constitution, and as there are no restraints on its exercise, or cannot be of their right to modify them at their pleasure, so that they do not take away the rights of property in existing patents, *McClurg v. Kingsland*, 42 U.S. (1 How.) 202, 206 (1843).

49. *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 230 \ (1990).



dergelijke bepaling in de CTEA niet voorkomt.<sup>50</sup> Als iemand anders rechten verwerft in een werk, dan komt dat door een handeling van de auteur en niet door een ingreep van de wetgever. Indien in een overeenkomst van een auteur met een wederpartij over een wettelijke verlenging niet is gesproken, dan wordt – volgens de juridische expert die hierover in de Senaat gehoord was – zo'n verlenging geacht deel uit te maken van de overeenkomst.

### *De Public Trust Doctrine*

De tweede claim van Eldred is dat de CTEA in strijd is met de Public Trust Doctrine. Deze doctrine houdt volgens hem in dat de overheid de aan haar toevertrouwde (in 'trust' gegeven) eigendomsrechten van goederen in het publieke domein (de 'commons') niet in particuliere handen mag laten overgaan zonder dat daar publieke voordelen tegenover staan. De CTEA schendt de doctrine doordat deze een overdracht vanuit de commons bewerkstelligt zonder dat daar iets tegenover staat.<sup>51</sup> Eldred analogiseert deze doctrine en stelt, meer in het algemeen, dat op grond van de Public Trust Doctrine een overdracht van publieke goederen van een commons naar particulieren slechts mag plaatsvinden indien daarmee een legitiem doel wordt gediend. De Copyright Clause verschaft dat doel niet zodat de overdracht door de CTEA niet rechtsgeldig is.

### *Antwoord van de regering*

De regering stelt hier tegenover dat de Public Trust Doctrine, zoals die in de Engelse common law is ontwikkeld, niet van toepassing is op het auteursrecht. De Public Trust Doctrine heeft slechts betrekking op de zeggenschapsrechten over stukken land die door de getijden onder water komen te staan. Deze stukken land moesten onder het regime van de common law door de koning worden beheerd ten algemeen nutte. De staat mist elke aanspraak op auteursrechtelijk beschermde werken; hij kan dergelijke aanspraken dus ook niet in 'trust' houden. Zelfs indien de Public Trust Doctrine enige toepassing zou hebben op het terrein van het auteursrecht, dan zou een dergelijk uit de common law afkomstige doctrine nimmer wetgeving op grond van de

50. Zie 17 U.S.C. § 201 (d).

51. Memorandum van de eisers, p. 28.

grondwettelijke Copyright Clause terzijde kunnen stellen.

*Het argument van het Eerste Amendement ('Free Speech')*

Naar de mening van regering en *amici curiae* is het standpunt dat de CTEA op grond van een schending van de vrijheid van meningsuiting ongrondwettig is volstrekt onhoudbaar. Besteden de eisers aan dit argument meer dan dertig pagina's, de regering en *amici* volstaan met minder dan twee. Het argument dat de lange beschermingsduur van de auteurswet een vorm van regulering van de vrijheid van meningsuiting is, is dan ook een juridische 'uphill battle'. De redenering van Eldred ziet er als volgt uit.

De CTEA reguleert de vrijheid van meningsuiting door het publiek de rechten te ontnemen die, ware het niet vanwege de CTEA, in het publiek domein zouden zijn gevallen. Zo zou Eldred een elektronische bewerking van het gedicht *New Hampshire* van Robert Frost hebben gepubliceerd als de CTEA dat niet zou hebben verhinderd. Eldred wijst op het precedent van *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C* (1994),<sup>52</sup> waarin het Hof inzake het beheer van de kabeltelevisie had uitgemaakt dat daar belangen aan de orde waren die rechtstreeks onder de werking van het Eerste Amendement vielen. Derhalve dient de overheid de wet te rechtvaardigen op een wijze zoals dat op het terrein van het Eerste Amendement wordt vereist. Dit betekent in ieder geval dat een eenvoudige 'rational basis test'<sup>53</sup> niet volstaat. Een zwaardere toets is vereist.

De CTEA is volgens Eldred een inhoudsneutrale regeling van de vrijheid van meningsuiting.<sup>54</sup> Een dergelijke regeling dient te worden onderworpen aan de toets van 'intermediate scrutiny'.<sup>55</sup> Het raamwerk voor die test ontlent eisers aan *Turner Broadcasting System, Inc. v.*

52. 512 U.S. 622, 637 (1994).

53. Deze test die vooral wordt gehanteerd voor economische wetgeving werpt slechts een minimale barrière op. Een rechter zal slechts op grond van een evident irrationele verhouding tussen doel en middel van een wet deze ongrondwettig verklaren. Voor wetgeving op bijvoorbeeld het terrein van de grondrechten legt de rechter strengere maatstaven aan die kunnen oplopen in sterkte van 'heightened scrutiny' via 'intermediate scrutiny' naar 'strict scrutiny'.

54. Een inhoudsneutrale 'confer(s) benefits or impose(s) burdens on speech without reference to the ideas or view expressed', *Memorandum van de eisers*, p. 34.

55. Een niet-inhoudsneutrale regeling dient te worden onderworpen aan de zgn. 'test of strict scrutiny'.

FCC,<sup>56</sup> (1997; hierna: *Turner II*):<sup>57</sup>

‘Thus while copyright restricts speech ..., this restriction in turn enables speech. By limiting the rights of some to speak, the law creates an incentive for others to produce. The law functions, then, as the Supreme Court has characterized it, as an ‘engine of expression’.

Auteursrechten zijn omdat zij een belangrijk overheidsdoel dienen, te weten het bevorderen van de vrijheid van meningsuiting, op zichzelf niet in strijd met het Eerste Amendement. Op dat punt verschilt Eldred niet van mening met de regering. Hun wegen scheiden echter op het punt van de duur waarvoor auteursrechten worden verleend. Hij laat zien, mede aan de hand van een econometrische studie, dat een uitbreiding van de duur voorbij zekere grenzen geen enkele stimulans meer verschaft aan auteurs.<sup>58</sup> Dit is, zo zegt Eldred, geen nieuwe ontdekking. Meer dan 150 jaar geleden schreef T.B. Macaulay al het volgende:<sup>59</sup>

‘the evil effects of the monopoly are proportioned to the length of its duration. But the good effects for the sake of which we bear with the evil effects are by no means proportioned to the length of its duration... (An) advantage that is to be enjoyed more than half a century after we are dead, by somebody, we know not by whom, perhaps by somebody unborn ... is really no motive at all to action’.

De redenering van Macaulay geldt a fortiori voor het retroactieve deel van de CTEA.

De eis van *Turner II* is dat de overheid duidelijk moet maken dat de wet er toe bijdraagt dat de bezwaren van de beperking van ‘speech’ worden verminderd.<sup>60</sup> De overheid moet dus aantonen dat de uitbreiding van de duur van het auteursrecht brandstof levert voor de ‘engine of free expression’.

Volgens Eldred slaagt ze daar niet in. Nergens is er in de wetgevingsgeschiedenis, noch in de processtukken die door de overheid zijn geproduceerd, zo’n redengeving te ontdekken. En als de overheid zou kunnen uitleggen dat de uitbreiding van de duur ook

56. 520 U.S. 180 (1997).

57. *Memorandum van de eisers*, p. 37.

58. Id. p. 38.

59. Id. p. 38.

60. Id. p. 40.

positieve effecten heeft, dan is dat niet voldoende om het retroactieve aspect van de wet in tact te laten, omdat de wet zorgvuldig dient te zijn toegesneden op dat doel. Een zekere ‘narrow tailoring’ is vereist. Er moet tenminste de zekerheid zijn dat de ‘regulation promotes a substantial government interest that would be achieved less effectively absent the regulation’.<sup>61</sup>

Het retroactieve aspect acht Eldred het meest problematisch. In plaats te dienen als een ‘engine of free expression’ fungeert het meer als een rem:<sup>62</sup>

‘It adds nothing, but takes away from the public domain a significant portion of our cultural past. It disables other authors who would use that material to produce derivative works, or who would distribute that original work in other media. ... (T)he CTEA bottles up resources for creative, academic and scholarly work, with no compensation gain in creativity.’

De invloedrijke auteursrechtgeleerde Nimmer had daar al in 1970 verzet tegen aangetekend:<sup>63</sup>

‘Neither of the reasons previously posited justifying first amendment subordination of copyright can justify this extension of an existing copyright term. It can hardly be argued that an author’s creativity is encouraged by such an extension, since the work for which the term is extended has already been created.’

De prospectieve werking van de wet berust volgens Eldred op de volstrekt onredelijke veronderstellingen. Niemand kan toch serieus menen dat een bedrijf beslissingen neemt op basis van een voor-spelling wat er over 100 jaar zou kunnen gebeuren. Hetzelfde geldt voor individuen.<sup>64</sup>

De regering en de *amici* hadden beweerd dat het Eerste Amendement niet van belang is omdat het Hof in eerdere rechtspraak dat al had verworpen en dat de Copyright Act derhalve niet bloot staat aan een verhoogde toets van het eerste Amendement. Eldred stelt daar

61. Id. p. 43.

62. Id p. 48..

63. Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press? 17 *UCLA Law Review*, 1180, 1195 (1970); Robert L. Bard & Lewis Kurlantzick, *Copyright Duration: Duration, Term Extension, The European Union, and the Making of Copyright Policy*, San Francisco, 1999.

64. *Memorandum van de eisers*, p. 43.

tegenover dat het Eerste Amendement luidt: ‘Congress shall make no law’, en niet: ‘Except for Copyright law, Congress shall make no law’. De regering verwacht twee zaken: 1. het Eerste Amendement stelt geen beperkingen aan het Congres inzake het maken van auteursrechtelijke regels, 2. rechters dienen niet de ‘intermediate test of scrutiny’ te hanteren van het Eerste Amendement als verweer tegen een inbreuk op het auteursrecht. Alleen de tweede bewering is juist; het Eerste Amendement stelt wel degelijk beperkingen aan het auteursrecht. Wat de tweede bewering betreft: de hierboven aan *Turner II* ontleende toets is minder streng dan de ‘intermediate scrutiny test’.

Het belangrijkste punt van de Eldred is dat voor de bescherming van de waarden van het Eerste Amendement niet alleen de ‘scope’ (reikwijdte) van het auteursrecht van belang is, maar ook de duur:<sup>65</sup>

‘A copyright law with a generous fair use doctrine would still be unconstitutional where its duration so long as to prevent works from ever entering the public domain. Likewise, a copyright law granting protection for a duration of only a few years would still be unconstitutional if it granted copyright monopolies over ideas as well a expression. The issues are distinct, and one cannot resolve the other.’

In de redenering van Eldred betekent dit dat de *duur* van het auteursrecht als afzonderlijk ‘issue’, naast de reikwijdte, beoordeeld dient te worden in het licht van het Eerste Amendement.

De vraag wordt dan: levert de verlenging van de duur van het auteursrecht een bijdrage aan de waarden van het Eerste Amendement? Geeft de extra verleende termijn nieuwe stimulansen voor creativiteit? De grondwettelijke toets ontleend aan *Turner II* toont aan dat de CTEA die toets niet kan doorstaan.

#### *Antwoord van de regering*

De regering reageert op deze conclusie kort. De stelling dat het auteursrecht een schending zou kunnen inhouden van de vrijheid van meningsuiting is zowel door het Hooggerechtshof als door de Appèlrechter van het District Washington, D.C verworpen.

De dichotomie tussen idee-expressie vormt hierbij de leidraad. Het Eerste Amendement beschermt ideeën, niet de specifieke manier

65. Id. p. 48.

waarop een auteur zich uitdrukt.<sup>66</sup> Omdat eisers op grond van het Eerste Amendement geen aanspraak hebben om auteursrechtelijk beschermd werk te reproduceren, is hun klacht jegens de CTEA zonder grond.

De *amici curiae* zijn nog bondiger. Aan hetgeen de regering had gesteld, voegen zij toe dat het auteursrecht de waarden van de vrijheid van meningsuiting juist bevordert.<sup>67</sup> Maar indien de rechter van mening zou zijn dat een ‘intermediate scrutiny’ van toepassing is, dan zou de CTEA zo’n toets goed doorstaan omdat de wet belangrijke overheidsbelangen dient die niet gerelateerd zijn aan de onderdrukking van de vrijheid van meningsuiting en die niet zonder een verlenging van de duur van het auteursrecht voor bestaande en toekomstige werken kunnen worden bereikt.<sup>68</sup>

*Amici* merken op dat Eldred lijkt te vergeten dat een rechter geen ‘superwetgever’ is die over de wijsheid van wetgeving moet oordelen. Eldred is het duidelijk oneens met het oordeel van het Congres dat de publieke voordelen de CTEA rechtvaardigen, maar dat is een politiek oordeel waar de rechter niet in dient te treden.<sup>69</sup>

‘The court should therefore dismiss plaintiff’s attempt to use the judicial system to further their own economic and philosophical agenda.’

### *Een eerste rechterlijke uitspraak*

In een korte uitspraak van 28 oktober 1999 die minder dan twee pagina’s beslaat, stelt de districtrechter de regering in het gelijk<sup>70</sup> en wijst het verzoek om van Eldred af:

1. De CTEA is niet in strijd met het Eerste Amendement omdat deze geen recht verleent op het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk van anderen. Dit is in lijn met bestaand jurisprudentie.<sup>71</sup>
2. Het is binnen de beoordelingsvrijheid van het Congres om de ‘limited Times’ in te vullen, ook retroactief. Deze opvatting vindt

66. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); *United Video v. FCC*, 890 F.2d 1173 (D.C. Cir. 1989).

67. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 -60 (1985).

68. Dit is de test ontleend aan *United States v. O’Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).

69. Memorandum van de *amici curiae*, p. 42.

70. U.S. District Court for the District of Columbia, CA 99-0065 (27 oktober 1999).

71. *United Video v. FCC.*, 890, F.2d 1173, 1191 (D.C. Cir. 1989); *Harpers and Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 556 (1985).

steun in jurisprudentie.<sup>72</sup> Een auteur kan op voorhand afspreken om toekomstige voordelen die het Congres verleent over te dragen.<sup>73</sup>

3. De CTEA is niet in strijd met de Public Trust Doctrine omdat die doctrine slechts van toepassing is op bevaarbare wateren.

De eerste frontale aanval op de CTEA is hiermee afgeslagen. Het mag ook geen verwondering heten dat de rechter in eerste aanleg zich conformeert aan bestaande jurisprudentie. Immers, het is de bedoeling van Eldred om nieuwe jurisprudentie te vormen. Eldred stelt dat de door de regering (en nu ook door de districtrechter) aangehaalde jurisprudentie ten onrechte van beslissende betekenis is. Zijn argument is dat de kwestie die hij de rechter voorlegt er een is van '*first impression*', een *prima facie* vraagstuk. Volgens hem zijn er dus helemaal nog geen '*holdings*' waarop de regering of de *amici* een beroep op kunnen doen.<sup>74</sup>

Eldred heeft hoger beroep aangetekend. Het wachten is nu op een uitspraak van de appèlrechter en, daarna wellicht, van het Hoogerechtshof.<sup>75</sup>

#### 4. OP WEG NAAR EEN EUROPESE COPYRIGHT CLAUSE?

De rechtsstrijd die in de Verenigde Staten wordt gevoerd over de beschermingstermijn van het auteursrecht lijkt op het eerste gezicht een typisch Amerikaanse kwestie. De oorspronkelijke conceptua-

72. 'Congress defines the scope of the grant of copyrights to authors or to inventors under its copyright clause power', *Sony Corporation of America v. Universal Studios*, U.S. 417, 429 (1984); 'The limited times period is subject to the discretion of Congress', *Pennock & Sellers v. Dialogue*, 27 U.S. (2 Pet.) 1, 16-17 (1829); 'Congress has authority to enact retrospective law under the copyright clause', *McClurg v. Kingsland* 42 U.S. (1 How.) 2, 206 (1843).

73. *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons*, 318 U.S. 539, 773 (1985).

74. Replik- memorandum van de eisers, p. 3 e.v.

75. Van tenminste één van de leden van het Supreme Court mag een welwillende houding ten aanzien van de claims van Eldred worden verwacht. Justice Stephen Breyer schreef, toen hij nog als hoogleraar was verbonden aan de Harvard Law School een artikel *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 *Harvard Law Review* 281 (1970) waarin hij een aantal vooronderstellingen van het auteursrecht ter discussie stelt.

lisering van het auteursrecht zoals die mede blijkt uit de Copyright Clause van de Constitutie, is immers een fundamenteel andere dan die van Europa. Tot zijn kern teruggebracht komt dit verschil neer op het volgende. Het continentaal Europese dogmatische uitgangspunt dat teruggaat op de filosofie van Kant en Hegel is dat hetgeen een auteur heeft gemaakt wordt beschouwd als zijn – morele – eigendom. In de VS daarentegen wordt de auteursrechtelijke bescherming gezien als een middel om het publieke domein te verrijken.<sup>76</sup> Dit betekent dat de voorstanders van een verruiming van de duur van het auteursrecht in de VS een conceptuele barrière ontmoeten, die er aan Europese zijde niet lijkt te zijn.<sup>77</sup>

De Amerikanen die zich verzetten tegen een uitbreiding van de duur van het auteursrecht beroepen zich graag op de discussie over intellectuele eigendomsrechten zoals die door de opstellers van de Constitutie is gevoerd. Het volgende citaat van Thomas Jefferson, dat

76. De hier geformuleerde tegenstelling gaat voorbij aan de grote variatie van hedendaagse theorieën. Cf. William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, draft 11/30/98, p. 2-3 (in bezit van schrijver dezes) Fisher onderscheidt in zijn artikel een viertal theorieën met betrekking tot intellectuele eigendom: utilitaire (Bentham, Posner), ‘natuurlijke eigendom’ (Locke, Nozick), ‘persoonlijkheidstheorie’ (Kant, Hegel) en een ‘sociale planningsstheorie’(Jefferson, Netanel). Laatstgenoemde theorie, die zijn voorkeur geniet, lijkt op het utilitarisme met als belangrijke toevoeging dat het een inhoudelijke visie omvat van ‘het goede’ dat niet te herleiden valt tot het grootste goed voor het grootste aantal. Auteursrecht heeft op grond deze theorie een productieve en een structurele functie. Eerstgenoemde ‘provides an incentive for creative expression on a wide array of political, social, and aesthetic issues, thus bolstering the discursive foundations for democratic culture and civic association’. De tweede functie van het auteursrecht ‘supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy’. Omarming van deze theorie betekent onder andere dat de duur van het auteursrecht beperkt dient te worden opdat het publiek domein wordt vergroot. Spoor en Verkade wijzen er in hun handboek *Auteursrecht*, Deventer, 1993, nr. 8, op dat er voor het auteursrecht twee rechtsgronden zijn aan te wijzen: rechtvaardigheid en maatschappelijk nut. Het zijn deze twee elementen waar een web van juridische regels omheen is gesponnen. De zeven argumentaties voor het auteursrecht die F.G. Grosheide in diens dissertatie *Auteursrecht op maat*, Deventer, 1986, p. 126, onderscheidt, zien zij terecht als een verdere detaillering van dit tweetal. Deze detaillering is overigens wel buitengewoon belangrijk. De keuze van het zwaartepunt van rechtsgrond of argumentatie heeft grote gevolgen voor dit web van juridische regels: de afloop van *Eldred v. Reno* hangt er van af.
77. Artikel 10 EVRM is evenwel een goede kandidaat om als functioneel equivalent voor de Copyright Clause te dienen. Zie verderop in deze paragraaf.



met graagte wordt aangehaald,<sup>78</sup> geeft die politieke theorie bondig weer:<sup>79</sup>

'If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lites his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and, in nature, be a subject of property benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density at any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement, or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.'

Niettemin zag Jefferson enig nut in het verlenen van auteursrecht. Het auteursrecht was in zijn ogen een klein kwaad om een groot goed te bewerkstelligen. Kort gezegd: auteursrecht is een tijdelijke concessie van de staat aan de auteur ten behoeve van het algemeen belang. Bovendien kon het altijd weer worden afgeschaft als zich problemen van monopolievorming zouden voordoen. De termijn van veertien jaar (met een optie van nog eens veertien jaar) van de Copyright Act van 1790 is, zoals we hiervoor zagen, in de loop der tijd enorm uitgebreid.

Het Supreme Court heeft herhaaldelijk uitgesproken dat het publieke belang zwaarder moet wegen dan die van de eigenaars van auteursrechten, maar het Congres heeft evenwel keer op keer gevolg gegeven aan hun wensen zodat deze nu een beschermingstermijn genieten van 70 jaar p.m.a. De dogmatische conceptualisering, Thomas Jefferson ten spijt, vormde voor de wetgever geen beletsel voor een verlenging van de duur van het auteursrecht. Aldus is er op het niveau van de regelgeving sprake van een convergentie tussen Europa en de VS. Deze convergentie naar een steeds langere duur valt

78. Bijv. door Lawrence Lessig, 'Reclaiming a Commons,' Keynote address, The Berkman Center 'Building a Digital Commons', 20 mei 1999; 'Jeffersons Nature', toespraak op de University of Virginia, 19 november 1998.

79. Writings of Thomas Jefferson, Vol VI, p. 180-81 (H.A. Washington ed., 1854) (brief aan Isaac McPherson, 13 augustus 1813) (geciteerd in *Graham v. John Deere Co.* 383 U.S. 1, 8-9 n.2 (1966)).

naar mijn mening vooral te verklaren uit de omstandigheid dat de politieke context van het auteursrecht in beide jurisdicties structurele gelijkenis vertoont.

*Politieke context van het auteursrecht: VS en Europa*

De politieke strijd – voor zover daar al sprake van was – over de verlenging van het auteursrecht in de VS, kan worden gekenschetst als een conflict tussen de belangen van een groep specifieke voorstanders van de CTEA tegenover de belangen van een zeer diffuse groep tegenstanders ervan. De goed georganiseerde film- en muziekindustrie was in staat haar belangen goed te articuleren en aan te geven wat de voordelen van de CTEA zouden zijn. Georganiseerde tegenstanders ontbraken. Het grote publiek had geen weet van de CTEA. Bovendien bestaat zijn concrete financiële nadeel uit een te verwaarlozen verhoging van de prijs van boek, filmkaartje of geluidsdrager. Degenen die zich opwierpen het publieke domein te beschermen hadden een veel abstracter, minder tot de verbeelding sprekend ‘verhaal’ te stellen tegenover het ‘harde’ voordeel van de handelsbalans. En wie kan het oneens zijn met een harmonisering van het auteursrecht met dat van de EU? Dat de beoogde harmonisering maar gedeeltelijk met de CTEA werd bereikt, speelde geen rol van betekenis.<sup>80</sup> Het is niet al te gewaagd te veronderstellen dat de rechtspolitieke kaarten in Europa op soortgelijke wijze worden geschud.<sup>81</sup> Hoewel de Nederlandse regering zich sterk heeft verzet tegen de Europese richtlijn<sup>82</sup> heeft dat geen

80. De voor de hand liggende vraag waar het Amerikaanse auteursrecht wordt vastgesteld: in Brussel of in Washington, D.C.? werd om opportunistische redenen (door de meerderheid in het Congres niet gesteld.

81. W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer 1990, p. 14-15; Spoor en Verkade, *o.c.* p. 9-10: ‘In het maatschappelijk krachtenspel lijken de rechthebbenden het tij mee te hebben, meer dan de voorstanders van vrije concurrentie.’ Zie ook A.A. Quaedvlieg, Copyright’s Orbit Round Private, Commercial and Economic Law – The Copyright System and the Place of the User, 29 *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 420, 432, 435-438 (1998) waarin hij aandacht vraagt voor het ontbreken van een institutioneel gewaarborgde inbreng ter bescherming van de informatievrijheid met betrekking tot het Europese auteursrecht waardoor de belangen van de burgers onvoldoende aan bod komen.

82. Nederland gaf na de stemming een verklaring af waarin zij sterk afzette tegen de Europese duurrichtlijn. Zij veroordeelde het resultaat en de wijze waarop dit tot stand was gekomen op grond van de eenzijdig aandacht voor de belangen van

resultaat gehad.<sup>83</sup> Overigens is publiek protest in Nederland bij mijn weten niet gehoord. Vanuit de academische kring van beoefenaren van het auteursrecht is weliswaar kritiek geleverd op de verlenging van de beschermingsduur,<sup>84</sup> maar die kritiek lijkt nu weggeëbd.<sup>85</sup>

### *Strange bedfellows?*

Dezelfde auteursrechtelijke deken waaronder de VS en Europa zich bevinden kan echter niet verhullen dat zich daaronder in dogmatisch opzicht *strange bedfellows* bevinden. Senator Brown drukte dat in zijn minderheidstandpunt over de CTEA als volgt uit:

auteurs en uitgevers ten koste van de gebruikers en op grond van het ontbreken van een serieus onderzoek naar alternatieven, zie: Explanation by the Netherlands Delegation of Vote on the Directive Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights, in: *Annex, Council of Ministers Press Release 93-172*, Luxembourg, 29 oktober 1993. Zie ook de uittalingen van Minister van Justitie Sorgdrager tijdens het debat over de wetgeving ter implementatie van de EU-duurrichtlijn in de Eerste Kamer. Ook het Parlement ging mokkend akkoord. De ernstige bedenkingen van het Economisch en Sociaal Comité van de EU (*Advies over het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de beschermingsduur van het auteursrecht en van bepaalde met het auteursrecht verwante rechten*, Pb C 27, d.d. 30 januari 1993, pp. 53-56, tegen de termijn van 70 jaar p.m.a. en haar pleidooi voor een uniforme 50 jaar p.m.a. vonden geen bijval bij de Europese regelgevende gremia.

83. De stemverhouding was acht voor, drie tegen (Luxemburg, Nederland en Portugal) en één stemonthouding (Ierland).
84. Bijv. door Spoor/Verkade, *o.c.* p. 445 met verwijzing naar enige literatuur; E.A. Mout-Bouwman, Verstoort de harmonisatie de harmonie in het auteursrecht? In: *Intellectuele eigendom & reclamerecht*, 1992, pp. 134-138 somt een aantal andere problemen van de duurrichtlijn op. Zie ook W.R. Cornish, Intellectual Property, in: *Yearbook of European Law*, vol. 13 (1993), p. 485 e.v. voor een zeer kritisch onderzoek naar de rechtvaardiging en gevolgen van de duurrichtlijn.
85. Na aanvaarding van de duurrichtlijn werd nog wel een levendig debat gevoerd over de overgangsrechtelijke problematiek van de 'herlevende rechten' waarvoor de richtlijn weinig aanknopingspunten bood. Om praktische redenen heeft de wetgever die rechten niet aan de oorspronkelijke auteur maar aan de laatste auteursrechthebbende verleend. De ingewikkeldheid van deze materie ontlokte enkele participanten aan de discussie de verzuchting: 'Overigens was o.i. de voornaamste reden voor verlenging dat er zo nodig geharmoniseerd moest worden en dat een verkorting meer bezwaren zou opleveren dan een verlenging. Dit laatste is iets waar wij steeds meer aan gaan twijfelen.' D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Een nieuwe specialisatie: auteursrechtelijke genealogie. Aan wie moeten de herlevende of verlengde auteursrechten toekomen? In: *Informatierecht/AMI* 1995, p. 47-49, op p. 47, noot 3.

‘(T)his bill does not harmonize the American concept of copyrights with that of European countries. They typically view a copyright as a moral right which gives creators a near perpetual monopoly in their work. The American view of copyright is much different: we provide creators with a bundle of exclusive rights to exploit their work, but only for a limited time as required by the U.S. Constitution. Thus, our copyright system is more limited.’

De rechtsstrijd van *Eldred v. Reno*, die nu langzaam zijn weg zoekt naar het Hooggerechtshof, is te beschouwen als een conflict tussen de oorspronkelijke Jeffersoniaanse benadering van het auteursrecht als een noodzakelijk kwaad en de door de Amerikaanse wetgever in navolging van de Europese gehuldigde benadering waarin het auteursrecht in toenemende mate als een ‘gewoon’ eigendomsrecht wordt gezien. Het robbertje dat deze *strange bedfellows* nu voor de rechter vechten is vanwege het fundamentele karakter ook voor Europa en dus Nederland van betekenis. De Amerikaanse discussie dwingt ook de Europese gemeenschap van auteursrechtdeskundigen zich te bezinnen op de dogmatische grondslag voor de gekozen duur van de auteursrechtelijke bescherming.<sup>86</sup> Het wordt tijd om het ach en wee over de lange beschermingsduur te vertalen in een zoektocht naar een berekeneerde grondslag ervoor. Dat een uiteindelijke keuze nimmer met mathematische precisie kan worden bepaald en bovendien aan de wetgever is voorbehouden, wordt meteen toegegeven maar betekent niet dat al bij voorbaat de handdoek in de ring moet worden gegooid.<sup>87</sup> Het is de taak van de auteursrechtswetenschap juridisch dogmatische argu-

86. S. Ricketson (in zijn studie *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1987, p. 321-323) concludeert dat de Berner Conventie nooit serieus onderzoek heeft verricht naar twee belangrijke vragen met betrekking tot de beschermingsduur: waarom een uniforme duur voor alle werken? En: wat is de grondslag voor de duur? Als reden geeft hij de nadruk die altijd gegeven aan de ‘natural property rights’ van de auteur in zijn werk: ‘In this respect, ideology has replaced critical inquiry, and has led to a long period of protection – the life of the author plus 50 years – becoming enshrined as an absolute value that has seldom been challenged, except where there have been moves for further extension’. Zie van dezelfde schrijver, *The Copyright Term*, in: *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1992, pp. 753-785.

87. R.L. du Bois, De opstanding, een kwestie van geloof, in: *Informatierecht/AMI* 1995, pp. 129-131: De verlenging van de beschermingsduur is in de grond geen juridische maar een religieus-filosofische kwestie. Zo zijn ook discussies tussen diegenen die in de verlenging van de beschermingsduur geloven en diegenen die dat geloof niet delen vruchteloos gebleken.

menten te leveren voor de grenzen van de beschermingsduur. In het kader van deze bijdrage formuleer ik, geïnspireerd door *Eldred v. Reno*, daarvoor enkele gedachten. Ik beperk me daarbij tot de vraag of het in artikel 10 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) neergelegde grondrecht van de informatievrijheid<sup>88</sup> daarvoor een juridisch aanknopingspunt kan bieden.

### *Artikel 10 EVRM: een Europese Copyright Clause?*

De vraag of naast de omvang en reikwijdte de *duur* van het auteursrecht een zelfstandig element is waarover een rechterlijk toets mogelijk is, is in Nederland bij mijn weten nog niet gesteld. Verkade heeft in zijn oratie van 1990 weliswaar de lans gebroken om de intellectuele eigendomsrechten, waaronder het auteursrecht, scherper in het vizier van artikel 10 te brengen, maar noemt bij de vele voorbeelden niet de duur van de auteursrechtelijke bescherming.<sup>89</sup> Dat is ook niet verwonderlijk omdat die op dat moment niet actueel was. Pas met de Europese duurrichtlijn van 1993 en de wetgeving ter implementatie ervan, kwam de duur van de beschermingstermijn – opnieuw<sup>90</sup> – in de belangstelling. Opvallend is wel dat bij al het

88. Artikel 10 luidt: 'Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without reference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, maybe subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interest of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.'

89. W.F. Verkade, *o.c.*, p. 16 e.v.; P.W.C Akkermans, C.J. Bax, K.L.F.M. Verhey, *Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer 1999 (3e druk) p. 71: De bescherming van 10 EVRM gaat in bepaalde opzichten minder ver, in andere opzichten verder dan artikel 7 GW. In art. 10 EVRM wordt niet alleen de vrijheid tot openbaren van inlichtingen en denkbeelden beschermd maar wordt daartoe uitdrukkelijk ook de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven zonder in menging van overheidswege en ongeacht grenzen.

90. De nog steeds lezenswaardige dissertatie van H.L. de Beaufort, *Het Auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, Utrecht 1909, bevat over de duur van het auteursrecht enkele boeiende pagina's (vooral pp. 256-260) waarin hij o.a. de

ongenoegen dat de Nederlandse regering, parlement en rechtswetenschap over de duurrichtlijn uitten, de informatievrijheid van artikel 10 EVRM niet in geweer werd gebracht.<sup>91</sup>

Niet is in te zien waarom het nog verder indammen van de stroom 'informatie' naar het publieke domein van de toets van artikel 10 EVRM gevrijwaard zou zijn. Het belang van een rijk gevuld en zich steeds verversend publiek domein valt zonder twijfel onder het regiem van de informatievrijheid van genoemd artikel. Voor het plunderen van het publieke domein<sup>92</sup> moeten wel hele goede redenen zijn.

Het is aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich als toetsende instantie te buigen over de vraag of de inbreuk op de informatievrijheid door het stellen van de beschermingsduur van 70 jaar p.m.a. valt onder een van de mogelijke rechtvaardigingen van lid 2 van 10 EVRM. Zijn onderzoek zal zich daarbij toespitsen op vraag of deze beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving ('necessary in a democratic society').<sup>93</sup> Het EHRM heeft gesteld dat deze rechtvaardiging 'eng moet worden uitgelegd en dat de noodzaak voor elke beperking van de informatievrijheid overtuigend moet worden vastgesteld.'<sup>94</sup> 'Necessary' impliceert de aanwezigheid van een 'pressing social need'. De verdragspartners hebben weliswaar een zekere 'margin of appreciation' bij het oordeel of een dergelijke noodzaak aanwezig is, maar het Europese Hof heeft daarover het laatste woord. Het Hof zal er op toe moeten zien dat de betreffende Staat de beleidsvrijheid op een redelijke en zorgvuldige wijze en met goede trouw heeft uitgeoefend. De eis van proportionaliteit vormt daarbij een leidraad.<sup>95</sup>

opvatting bestrijdt 'elke verlenging als een verbetering te beschouwen'. (p. 259) De Beaufort bepleit een verkorting van de beschermingsduur op grond van de uitbreiding van de omvang van het auteursrecht.: 'Doch wat het auteursrecht zoo in omvang en uitgebreidheid wint, kan het desnoods in tijdsduur verliezen.' (p. 260).

91. Zie noot.

92. Cf. N. Dawson, Copyright in the European Union. Plundering the Public Domain, 45 *Northern Ireland Law Quarterly*, 193 (1994).

93. De elementen 'prescribed by law' en 'legitimate aim' vormen geen obstakels. Zie Verkade, *o.c.* p. 19-20.

94. *Hanyside v. United Kingdom*, 7 December 1977, Series A no. 24, § 49; *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, § 41; *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, Series no. 298, p. 26, § 37, *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, §46.

95. *Hertel v. Switzerland* (noot 17) met verwijzing naar *Sunday Times v. United*

‘(W)hat the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’.

Voor het oordeel over de rechtvaardiging van de duurrichtlijn moet daarom op elk van de volgende vragen een overtuigend en bevestigend antwoord worden gegeven.

1. Was er een ‘pressing social need’ waarvoor de duurrichtlijn een remedie bood?
2. Was de duurverlenging met 20 jaar als middel proportioneel ten opzichte van de ‘pressing social need’?
3. Waren de redenen die de Europese autoriteiten aanvoerden overtuigend?

Ad 1. De Raad voert voor de noodzaak van de duurrichtlijn een drietal overwegingen aan. De eerste is het wegnemen van belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen en diensten;<sup>96</sup> de tweede betreft de omstandigheid dat door de verhoging van de gemiddelde levensduur een termijn van 50 p.m.a. niet langer voldoende is om de nakomelingen van de auteur gedurende twee generaties van auteursrechtelijke revenuen te voorzien;<sup>97</sup> de derde noemt het garanderen van ‘de ontwikkeling van creativiteit (...) in het belang van de auteurs, culturele industrie, consumenten en de samenleving in haar geheel.’<sup>98</sup>

Bij elk van deze overwegingen zijn de nodige kanttekeningen te plaatsen.

Aangaande de eerste overweging – de versoepeling van de interne markt – kan de vraag worden gesteld in hoeverre de uiteenlopende beschermingstermijnen van de verschillende Lid-Staten juridisch en feitelijk een belemmering vormden voor het vrije verkeer van goederen. Zeker, het *Cliff Richard*-arrest<sup>99</sup> vormde een dergelijke belem-

Kingdom (no. 2), 26 November 1991, Series A no. 217, p. 29, § 50).

96. Richtlijn 93/98/EEG, *Pb EG* 1993, L 290, Overweging 2.

97. *ib.* overweging 5.

98. *ib.* overweging 10.

99. HvJEG 24 januari 1989 (341/87), *Jur.* 1989, p. 79. *Emi Electrola GmbH v. Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH*, *AA* 1990, m.n. Cohen Jehoram, pp. 550-556. In deze zaak werd de vraag of een rechthebbende in Duitsland zich met

mering, maar met Spoor/Verkade<sup>100</sup> til ik hier niet zwaar aan. Overigens is bij mijn weten geen empirisch onderzoek verricht naar de feitelijke betekenis ervan.

De tweede overweging is buitengewoon zwak, zo niet ridicuul.<sup>101</sup> De termijn van 50 p.m.a. van de Berner Conventie, op zichzelf al genereus, is nimmer aan een kritisch onderzoek onderworpen.<sup>102</sup> Een langere levensduur impliceert per definitie een langer genot van het auteursrecht. Bij een langere levensduur verandert er niet veel aan de termijn dat de tweede generatie nakomelingen van de auteur van het werk kunnen profiteren. De minimumtermijn van 50 jaar p.m.a. van de Berner Conventie geldt bovendien pas sinds 1948. Omdat mensen, dus ook de meeste auteurs, sinds 1948 gemiddeld geen twintig jaar langer leven, is ook daarom al het beroep daarop ongefundeerd.

De derde overweging mist eveneens een rationele grondslag. Auteurs gaan niet aan de slag (of gaan harder werken) in de verwachting dat niet 50 maar 70 jaar na hun overlijden hun nazaten nog revenuen trekken van hun creativiteit. Ook is de gedachte dat de onderhandelingspositie van een auteur tegenover een uitgever sterker is bij een extra twintig jaar lange beschermingstermijn zonder grond. Zakelijke beslissingen worden niet op basis van zulke lange termijnen genomen.

Ad 2. De proportionaliteit van de duurverlenging ten opzichte van het doel is zeer twijfelachtig.

Ik wijs op de volgende punten.

1. De harmonisering wordt bij lange na niet bereikt. Zo vallen bijvoorbeeld de persoonlijkheidsrechten buiten de harmonisatie.
2. Het overgangsrecht wordt gedelegeerd aan de Lid-Staten, waardoor de harmonisering op dit terrein niet zal worden bereikt.
3. De keuze van een harmonisering naar een termijn van 50 jaar zoals die in de meeste Lid-Staten bestond, wordt zonder deugdelijke

succes kon verzetten tegen de import van platen van Cliff Richard vanuit Denemarken, waar ze zich in het publieke domein bevonden, maar in Duitsland nog niet, bevestigend beantwoord op grond van artikel 36 EG-Verdrag.

100.Spoor/Verkade, *o.c.* p. 445.

101.Zo ook Chr. A. Alberd ingk Thijm, *Mondriaan is alive! De nieuwe beschermingsduur van het auteursrecht*. Doctoraal scriptie UvA, 1996, p. 12.

102.Ricketson, *o.c.* p.321-323.



motivering verworpen. De reden dat een 50 jarige termijn tot grote problemen van overgangsrecht zou lijden wordt gelogenstraft door de ervaring van Spanje dat in 1988 een 80 jarige termijn terugbracht naar 60 jaar p.m.a. en, voorts, door de overgangsrechtelijke problemen die de verlenging naar 70 jaar p.m.a. voorzienbaar met zich meebracht.

4. De maatregel is veel te grof. Indien zich al op bepaalde terreinen problemen van dringende aard voordoen, dan zou de maatregel daarop zorgvuldig moeten zijn toegesneden.

Ad 3. Omdat de Europese wetgever überhaupt geen blijk heeft gegeven van een afweging van de verschillende alternatieven, laat staan van een beredeneerde, begrijpelijke keuze, heeft hij daarmee een wezenlijke eis van artikel 10 EVRM geschonden. Een beperking van een grondrecht vereist – met de hierboven aangehaalde woorden van het EHRM – dat daarvoor ‘relevant and sufficient reasons’ dienen te worden geleverd. Ik heb die niet mogen ontwaren.

Mijn eindconclusie luidt derhalve dat de Europese wetgever met de uitvaardiging van de duurrichtlijn de grenzen van artikel 10 EVRM heeft overschreden en dat deze, derhalve, met daarop gebaseerde implementatiewetgeving van de verschillende Lid-Staten, buiten toepassing dient te worden gelaten. Het argument van het slechten van de handelsbeperkingen binnen de Europese Unie is kwestieus, het argument van de langere levensduur is onjuist en het argument van de bevordering van de creativiteit is zonder realiteitswaarde. Ik meen, gelet op dit geheel, dat er geen sprake is van een ‘pressing social need’ ter rechtvaardiging van een inbreuk op 10 EVRM. Het middel – de duurverlenging – is bovendien disproportioneel, want te grofmazig. Daarenboven is er geen onderzoek gedaan naar voor de hand liggende alternatieven die een geringere inbreuk op de vrijheid van informatie met zich mee zouden hebben gebracht.

### *Besluit*

Het is de verdienste van professor Lessig, de stuwende kracht achter *Eldred v. Reno*, dat hij argumenten naar voren brengt die door hun fundamentele karakter niet slechts voor de VS, maar ook voor Europa

gelden. Immers, ook de Europese wetgever had (en heeft) geen oog voor de verarming van het publieke domein als gevolg van de uitbreiding van de beschermingsduur. Het is illusoir te denken dat de Europese wetgever de beschermingsduur zal verkorten. Als de geschiedenis van de laatste twee eeuwen met betrekking tot de duur van de auteursrechtelijke bescherming iets heeft geleerd, dan is het wel dat deze langer en niet korter wordt.

De gebrekkige invloed van Europese woordvoerders in de regelgevende fora ten behoeve van het publieke domein heeft geleid tot een buitensporig lange beschermingstermijn. Naar mijn mening kan slechts een rechterlijke toets aan de grondrechtelijke informatie-vrijheid van artikel 10 EVRM de balans herstellen.

De vraag die rest is: wie neemt de fakkel in Europa over?

# Na verloop van tijd...

OVER BEVRIJDENDE VERJARING VAN RECHTSVORDERINGEN EN DE BEVOEGDHEID OM TOT EXECUTIE OVER TE GAAN<sup>1</sup>

*H.A.G. Fikkers en F. Beijer\**

## 1. INLEIDING

In vele opzichten worden burgerlijke rechten – zowel op het formele als op het materiële vlak – beïnvloed door tijd. Op het gebied van het formele recht zijn in het burgerlijk procesrecht termijnen opgenomen, die partijen op straffe van niet-ontvankelijkverklaring in acht moeten nemen. In het materiële recht kan het enkele verloop van tijd leiden tot verkrijging of verlies van rechten. Een bezitter – al dan niet te goeder trouw – kan eigendom verkrijgen door een goed gedurende een bepaalde periode te bezitten. Dit is de *verkrijgende* verjaring, die in titel 3.4 BW – art. 3:99-106 – geregeld wordt. Het spiegelbeeld van de verkrijgende verjaring is de zogenaamde *bevrijdende* verjaring (ook wel: *extinctieve* verjaring), geregeld in titel 3.11 BW, art. 3:306-326. Zoals de term bevrijdende verjaring reeds aangeeft, leidt deze figuur tot bevrijding van plichten: wanneer de verjaringstermijn verstreken is, kan een schuldenaar niet meer in rechte worden aangesproken tot nakoming van een verbintenis. Niet het (vorderings)recht zelf, doch de rechtsvordering (het actierecht) vervalt. Voor de schuldeiser resteert na ommekomst van de termijn nog slechts een niet in rechte afdwingbare, natuurlijke verbintenis.

In deze bijdrage zullen wij ons slechts richten op de bevrijdende verjaring. Voor het fenomeen verkrijgende verjaring wordt verwezen naar de bijdrage hieromtrent elders in deze bundel.

\* Mrs. H.A.G. Fikkers en F. Beijer zijn resp. als universitair hoofdocent en universitair docent verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 21 februari 2000.

## 2. BEVRIJDENDE VERJARING VAN RECHTSVORDERINGEN

### *Beroep op bevrijdende verjaring*

Het leerstuk van de bevrijdende verjaring kent – zoals reeds gezegd – een regeling in titel 3.11 BW (Rechtsvorderingen). Hoewel dit niet zozeer blijkt uit de tekst van de omtrent de bevrijdende verjaring in het BW opgenomen artikelen, wordt vrij algemeen aangenomen dat bevrijdende verjaring een verweermiddel is. De schuldenaar moet een beroep doen op het verstreken zijn van de verjaringstermijn. Art. 1983 Oud BW was op dit punt duidelijker; geparafraseerd bepaalde het dat *‘verjaring een middel (is) om, door verloop van eenen zekeren bepaalden tijd, en onder de voorwaarden bij de wet bepaald (...), van ene verbintenis bevrijd te worden.’* Dat de wetgever de bevrijdende verjaring ziet als een verweermiddel voor de schuldenaar die in rechte wordt aangesproken tot nakoming van een verbintenis, blijkt thans vooral uit het bepaalde in art. 3:322 BW, waarin valt te lezen dat de rechter de verjaring niet ambtshalve mag toepassen.

Wanneer de schuldenaar een beroep op bevrijdende verjaring doet – en de rechter dit beroep honoreert – is de rechtsvordering daadwerkelijk verjaard.<sup>2</sup> Verzuimt de schuldenaar een beroep te doen op de verjaring, dan blijft een rechtens afdwingbare verbintenis bestaan. In één geval behoeft evenwel op bevrijdende verjaring geen beroep gedaan te worden: art. 3:105 lid 1 BW bepaalt dat ook een bezitter niet te goeder trouw eigenaar kan worden. Hiervoor is voldoende dat hij het goed bezit op het tijdstip dat de verjaring van de rechtsvordering is voltooid (art. 3:306 BW jo. art. 3:314 BW). Deze verjaring zal de rechter ambtshalve moeten toepassen.<sup>3</sup>

Wanneer de schuldenaar tijdens de procedure geen beroep doet op de verjaring en de rechter de vordering van de schuldeiser toewijst, is de schuldenaar zijn verweermiddel kwijt en begint – na de toewijzende uitspraak – de verjaring van de bevoegdheid om de uitspraak te executeren te lopen (art. 3:324 BW). Hiervoor zij verwezen naar deel II van deze bijdrage.

Voor het antwoord op de vraag wanneer de schuldenaar in een procedure een beroep op bevrijdende verjaring kan doen, is van belang

2. Evenwel zal degene die zich beroept op bevrijdende verjaring met voldoende duidelijkheid moeten aangeven op welke verjaring het verweer betrekking heeft, aldus HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418, m.nt. PAS (Buyck/Van den Ameele).
3. Vgl. M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (1993) p. 5.

of het verjaringsverweer moet worden beschouwd als een exceptief of een principaal verweer. Kort gezegd voorkomt honorering van een exceptief verweer dat de rechter aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak toekomt; daarom moet dit verweer worden opgeworpen in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure (art. 141 lid 2 Rv). Ingevolge het bepaalde in art. 141 lid 2 Rv moet gedaagde bij zijn conclusie van antwoord al zijn exceptieve verweren opwerpen. Doet gedaagde dit niet, dan vervalt zijn recht om exceptief verweer voor te dragen. Principaal verweer is een inhoudelijk verweer. Wil gedaagde zijn verweer in een later stadium van de procedure nog uitbreiden met nieuwe principale verweren, dan moet hij in zijn conclusie van antwoord enig principaal verweer voeren. Aangezien verjaring tot gevolg heeft dat nakoming niet meer afgedwongen kan worden, gaat het verweer inhoudelijk in op het gevorderde en wordt het als een principaal verweer beschouwd.<sup>4</sup>

Onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter – ondanks het feit dat de verjaringstermijn reeds verstreken is – een beroep op verjaring verwerpen omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>5</sup> Gedaagde moet hiertoe wel de nodige feiten stellen.

#### *Aanvang en duur van de bevrijdende verjaring*

Het uitgangspunt bij toepasselijkheid van de verjaringsregels is steeds dat de rechtszekerheid – welke het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen – een vaste termijn eist, waarvan niet kan worden afgeweken. De wet bevat een aantal bepalingen, waarin de duur van de verjaringstermijn is neergelegd. Hoofregel is dat – indien de wet niet anders bepaalt – een rechtsvordering verjaart door verloop van twintig jaren (art. 3:306 BW). In art. 3:307-311 BW geeft de wet voor verschillende gevallen, andere – veelal kortere<sup>6</sup> – verjaringstermijnen.

De vereiste rechtszekerheid impliceert dat ook duidelijkheid moet

4. Vgl. Snijders/Ynzonides/Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2e druk (1997) nr. 144.
5. HR 7 januari 2000, *RvdW* 2000, 15C (Bloembollencentrale De Ree/Staat der Nederlanden) en HR 7 januari 2000, *JOL* 2000, 5 (X en X/Staat der Nederlanden).
6. Art. 3:310 leden 2 en 3 BW kennen voor milieu- en asbestschades een langere termijn: 30 jaar na de gebeurtenis. Vgl. C.J.M. Klaassen en A.J. Akkermans, *Het moment van ontstaan van schade*, *Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht* (1998) p. 71 e.v.

bestaan over de aanvang van de termijn. De wet geeft in de toepasselijke artikelen steeds aan wanneer een bepaalde verjaringstermijn begint te lopen. Als aanvangstijdstip voor de verjaring geldt in beginsel het moment van opeisbaarheid van de vordering (art. 3:313 BW). De wet kan evenwel anders bepalen, zoals bijvoorbeeld in art. 3:310 lid 1 BW, waar gekozen is voor het moment dat de benadeelde de voor het instellen van de vordering benodigde wetenschap heeft verkregen. In de rechtspraak is het aanvangstijdstip van deze vijfjarige verjaring in bijzondere gevallen nog verder opgeschoven. Het betreft hier tot dusverre aansprakelijkheidsstellingen uit bij voorbeeld seksueel misbruik of kindermishandeling, waar het slachtoffer in verband met het verwerkingsproces niet eerder in staat is actie te ondernemen. Voor die gevallen leert de Hoge Raad dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat de schuldenaar zich erop zou mogen beroepen dat de vijfjarige verjaring een aanvang heeft genomen op het in art. 3:310 lid 1 BW omschreven aanvangstijdstip daarvan, indien het niet geldend kunnen maken van de vordering op een eerder tijdstip voortvloeit uit omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend.<sup>7</sup> In een zodanig geval wordt dan aangenomen dat de verjaringstermijn een aanvang neemt wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen.<sup>8</sup>

Het aanvangstijdstip van de twintigjarige verjaring van art. 3:310 lid 1 BW (de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt) is daarentegen wel 'hard'. Beslissend blijft het objectief gegeven tijdstip waarop de gebeurtenis plaatsvond waardoor de schade is veroorzaakt, aldus de Hoge Raad: *'De vordering verjaart immers, in de woorden van art. 3:310 lid 1 in ieder geval door verloop van twintig jaren na die gebeurtenis. Het stelsel van genoemde bepaling verzet zich dan ook ertegen te aanvaarden dat de aanvang van de twintigjarige verjaringstermijn afhankelijk zou zijn van de schuldeiser persoonlijk*

7. Zie HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 (M/B), waarover E. Platzer in *NBBW* 1998, p. 137 e.v.
8. Op 24 september j.l. is wetsvoorstel 26 842, met betrekking tot asbestgerelateerde ziektes, ingediend. In de voorgestelde regeling zal een rechtsvordering tot vergoeding van personenschade niet verjaren zolang degene die schade lijdt niet bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Vanaf het moment waarop hij bekend is of redelijkerwijs kon zijn geweest met deze feiten heeft hij een termijn van vijf jaren om zijn vordering in te stellen.

*betreffende omstandigheden*'.<sup>9</sup>

Recentelijk heeft de Hoge Raad geoordeeld over de aanvang van de verjaringstermijnen van art. 3:307 BW (de verjaring van de vordering tot nakoming).<sup>10</sup> In deze zaak werd een beroep gedaan zowel op de vijfjarige termijn van lid 1 met betrekking tot een 'gewone' vordering tot nakoming (welke aanvangt na de dag, waarop de vordering opeisbaar is geworden), als op de twintigjarige termijn van lid 2 met betrekking tot een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd (welke eerst begint na de dag waartegen opeising door de schuldeiser op zijn vroegst mogelijk was). Bij de vijfjarige termijn van art. 3:307 lid 1 BW valt op dat de wet – anders dan bij het hierboven besproken art. 3:310 lid 1 BW – geen rekening houdt met subjectieve omstandigheden van de schuldeiser. Dit impliceert dat een vordering tot nakoming reeds verjaard kan zijn zonder dat de schuldeiser weet van het vorderingsrecht (hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij een vordering die opeisbaar is geworden door het intreden van een opschortende voorwaarde). Ten aanzien van de twintigjarige termijn van art. 3:307 lid 2 BW zal, net als bij de twintigjarige termijn van art. 3:310 lid 1 BW, voor de hand liggen dat gezien de vereiste rechtszekerheid de termijn van twintig jaren 'hard' is. Probleem bij de twintigjarige termijn van art. 3:307 lid 2 BW is echter dat het aanvangstijdstip achteraf soms moeilijk vast is te stellen, getuige ook de overweging van de Hoge Raad in genoemd arrest: *'Het Hof heeft (...) eraan voorbijgezien dat voor de aanvang van die verjaringstermijn niet beslissend is op welk tijdstip Kroon de geldlening door opzegging had beëindigd, maar tegen welk tijdstip Kroon de geldlening had kunnen opzeggen'*.

Tenslotte valt op te merken dat meer nog dan bij aansprakelijkheidsvraagstukken, de verjaring bij kwesties rond eigendom en bezit de rechtszekerheid dient, zodat verlenging van de twintigjarige termijn van art. 3:306 BW op grond van de redelijkheid en billijkheid daar zeker niet aan de orde kan zijn.<sup>11</sup>

9. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 (B sr/B jr), r.o. 4.2. Zie over dit arrest G.J. Knijp, *NbBW* 1999 p. 97 e.v.

10. HR 12 november 1999, *NJ* 2000, 17 (Visser/Erven Dirk Kroon). Zie hierover E. Platzer, *NbBW* 2000, p. 8 e.v.

11. Vgl. HR 8 mei 1998, *NJ* 1999, 44, m.nt. ThMdB (Klooster in een landschap).

### 3. MIDDELEN OM HET NADERENDE EINDE VAN EEN LOPENDE BEVRIJDENDE VERJARING TEGEN TE GAAN

Thans is het in de rechtspraak een feit van algemene bekendheid dat een civiele procedure, alle instanties meegerekend, lang kan duren.<sup>12</sup> Een tijdsverloop van zes jaren om een civiele procedure in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie te doorlopen is eerder regel dan uitzondering. Een strikte toepassing van de in art. 3:307-311 BW neergelegde korte verjaringstermijn van vijf jaren lijkt ertoe te kunnen leiden dat de rechtsvordering reeds verjaard is voordat de rechter over de rechtsvordering in kwestie definitief een uitspraak heeft gedaan.

Dit nu is niet het geval, want om deze consequentie te voorkomen, is in de wet een aantal middelen opgenomen: *stuiting* (art. 3:316-319 BW) respectievelijk *verlenging* (art. 3:220-321 BW) van de verjaring. Door stuiting wordt ‘vergeten’ wat er vóór de stuitende handeling is gebeurd (de tijd die reeds is verstreken) en begint op de dag volgende op die waarop de stuitende handeling heeft plaatsgevonden een nieuwe verjaringstermijn te lopen (art. 3:319 lid 1 BW). Deze nieuwe verjaringstermijn zal veelal – maar niet noodzakelijkerwijs – gelijk zijn aan de oorspronkelijke verjaringstermijn (zie art. 3:319 lid 2 BW). Verlenging heeft tot gevolg dat de verjaringstermijn – bij het bestaan van een verlengingsgrond<sup>13</sup> – voortloopt totdat zes maanden na het verdwijnen van de grond tot verlenging zijn verstreken (art. 3:320 BW). In het navolgende zal slechts de stuitingsproblematiek van art. 3:316-319 BW aan de orde komen.<sup>14</sup>

De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis wordt, blijkens de tekst van art. 3:317 lid 1 BW gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming

12. Uit een in 1998 uitgevoerd onderzoek blijkt dat een contradictoire bodemprocedure bij de rechtbank in Nederland gemiddeld 701 dagen in beslag neemt. Zie R.J.J. Eshuis, Een kwestie van tijd, WODC 1998, nr. 171, p. 42.

13. Verlengingsgronden zijn o.m. te vinden in art. 2:23c lid 2 BW en in art. 36 Fw.

14. Daarmee is niet gezegd dat de verlenging geen onduidelijkheden kent. Zo lijkt de verlengingsgrond van art. 2:23c lid 2 BW – het tijdvak waarin een vennootschap heeft opgehouden te bestaan – ertoe te leiden dat de verjaring feitelijk niet ten einde kan komen, zolang de vereffening nog heropend kan worden, hetgeen voor een oneindige periode het geval kan zijn.



voorbehoudt. Andere rechtsvorderingen kunnen slechts door een schriftelijke aanmaning worden gestuit, indien deze binnen zes maanden wordt gevolgd door een stuitingshandeling als omschreven in art. 3:316 BW (art. 3:317 lid 2 BW). Slechts de stuitingshandeling van art. 3:316 BW zal hierna een nadere uitwerking krijgen.

*Instellen van een eis (art. 3:316 lid 1 BW)*

Stuiting vindt, aldus het bepaalde in art. 3:316 lid 1 BW, plaats door het instellen van een eis alsmede door elke andere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde die geschiedt in de vereiste vorm. Het begrip ‘instellen van een eis’ omvat niet alleen het uitbrengen van een dagvaarding, maar ook het indienen van een verzoekschrift ter griffie en het instellen van een eis in reconventie of het aanbrengen van een eis door middel van vermeerdering van de oorspronkelijk ingestelde eis op de voet van art. 134 Rv. Ook het ter verificatie indienen van een vordering in faillissement is een stuitingshandeling.<sup>15</sup> Met de zinsnede ‘iedere andere daad van rechtsvervolging’ beoogt de wetgever aan te geven dat de stuiting uitsluitend plaatsvindt als er een eis in rechte wordt ingesteld, waaronder mede wordt verstaan het uitlokken van een arbitrale beslissing.<sup>16</sup>

In sommige gevallen lijkt de stuiting voorwaardelijk te zijn. Gewezen zij op het bepaalde in art. 3:316 lid 2 BW: de oorspronkelijk ingestelde eis behoudt de stuitende werking, mits binnen zes maanden nadat de uitspraak in kracht van gewijsde<sup>17</sup> is gegaan of nadat het geding op andere wijze is geëindigd een nieuwe eis wordt ingesteld, die wél tot toewijzing leidt. Leidt de nieuw ingestelde eis niet tot toewijzing, dan vervalt achteraf alsnog de stuitende werking van de oorspronkelijk ingestelde eis.

Bij instellen van een eis door middel van vermeerdering van de aanvankelijk ingestelde eis kan gevraagd worden wanneer nu precies de verjaring is gestuit: op het moment dat de oorspronkelijke – later

15. Alle hier genoemde voorbeelden zijn ontleend aan de Minister in de Memorie van Antwoord bij art. 3:316 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 933-934.

16. Parl. Gesch. Boek 3, p. 934.

17. Een vonnis gaat in kracht van gewijsde als de termijnen voor het indienen van gewone rechtsmiddelen zijn verlopen of eerder, wanneer partijen uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven in het vonnis te berusten (art. 334 Rv). In de categorie ‘gewone rechtsmiddelen’ vallen verzet, hoger beroep, beroep in cassatie en – in de praktijk nauwelijks voorkomend – revisie.

vermeerderde – eis is ingesteld of op het moment dat de eisvermeerdering plaatsvindt. Voor het antwoord op deze vraag is van belang of de bij wege van eisvermeerdering ingestelde vordering is aan te merken als een nieuwe rechtsvordering of niet. Is sprake van een nieuwe rechtsvordering, dan is de verjaring gestuit op het moment dat de eis wordt vermeerderd. Berust daarentegen de bij wege van eisvermeerdering ingestelde eis op dezelfde juridische en feitelijke grondslag als de vordering waarmee het geding was ingeleid, dan is geen sprake van een nieuwe rechtsvordering en geldt als moment waarop stuiting van de verjaring plaatsvindt het tijdstip van instellen van de oorspronkelijke eis.<sup>18</sup>

*Niet toewijzing (art. 3:316 lid 2 BW)*

Leidt de ingestelde eis niet tot toewijzing, dan is de verjaring slechts gestuit, indien binnen zes maanden nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt (art. 3:316 lid 2 BW). Deze bepaling is ruimer dan hetgeen in de letterlijke tekst van art. 2018 (Oud) BW was opgenomen. Dit artikel bepaalde dat de verjaring niet was gestuit ‘indien de dagvaarding wordt ingetrokken of nietig verklaard, het zij de aanlegger van zijnen eisch afstand doet, of dezelve wordt ontzegd,<sup>19</sup> het zij de aanleg, uit hoofde van het tijdsverloop, is vervallen verklaard’. Het begrip ontzegging van de eis werd door de Hoge Raad<sup>20</sup> ruim uitgelegd. Niet alleen ontzegging van de eis in enge zin – niet-toewijzing of afwijzing van het gevorderde – doch ook de gevallen waarin de rechter niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil worden gezien als ontzegging van de eis. De door de Hoge Raad aan deze bepaling toegekende ruimere betekenis is in het huidige BW opgenomen met de zinsnede ‘leidt de ingestelde eis niet tot toewijzing’.

Op grond van de hiervoor aangegeven voorgeschiedenis van het huidige art. 3:316 lid 2 BW moge duidelijk zijn dat ‘niet-toewijzing van de eis’ mede omvat – afgezien van niet-toewijzing van het gevorderde – de gevallen waarin de rechter niet toekomt aan een

18. Zie o.m. HR 23 mei 1997, *NJ* 1997, 531 (Beautyworld/Bayer).

19. Accentuering van ons, FB en HF.

20. HR 5 juni 1942, *NJ* 1942, 583 (W/S).

inhoudelijke beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil, zoals bij voorbeeld wanneer eiser niet ontvankelijk wordt verklaard in zijn vordering of de rechter zich onbevoegd acht om van de vordering kennis te nemen.

Wanneer de ingestelde eis niet leidt tot toewijzing, heeft het ‘instellen van de eis’ de verjaring niet gestuit. Dit is slechts anders indien de eiser binnen zes maanden<sup>21</sup> een nieuwe eis instelt. Het instellen van een nieuwe eis heeft – in verband met de werking van art. 67 Rv – weinig zin wanneer de eis is afgewezen. Het gaat in art. 3:316 lid 2 BW derhalve met name om die gevallen van niet toewijzing, waarbij de rechter niet is toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil. Wordt een nieuwe eis ingesteld, dan behoudt de oorspronkelijk ingestelde eis – die niet tot toewijzing heeft geleid – stuitende werking. Volgens art. 3:319 BW begint de dag na het instellen van de oorspronkelijke eis een nieuwe verjaringstermijn te lopen, die gelijk is aan de oude verjaringstermijn, met dien verstande dat de nieuwe termijn maximaal vijf jaren bedraagt. Wanneer de op de voet van art. 3:316 lid 2 BW nieuw ingestelde eis vervolgens niet leidt tot toewijzing, dan is de verjaring niet gestuit.

#### *Samenloop art. 3:316 en art. 3:319 BW*

Art. 3:316 lid 2 BW bepaalt dat het instellen van een eis geen stuitende werking heeft, wanneer de eis niet tot toewijzing leidt. Heeft de ingestelde eis wel de verjaring gestuit, dan begint op de dag, volgend op die waarop de stuiting heeft plaatsgevonden, een nieuwe verjaringstermijn te lopen (art. 3:319 lid 1 BW). Deze nieuwe verjaringstermijn is op voet van het bepaalde in art. 3:319 lid 2 BW veelal gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn. In alle gevallen bedraagt hij ten hoogste 5 jaren. De wetgever heeft deze beperking van de termijn opgenomen omdat van iemand die een lopende verjaring stuit verwacht mag worden dat hij binnen redelijke tijd zijn rechten zal doorzetten. Bovendien zou het met het oog op de rechtszekerheid ongewenst zijn dat bij stuiting van een verjaring van

21. Respectievelijk nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak is geëindigd, ofwel nadat het geding op andere wijze is geëindigd, zie art. 3:316 lid 2 BW.

langer dan vijf jaren deze langere termijn weer ten volle gaat lopen.<sup>22</sup>

Op het beginsel, dat na stuiting van de verjaring een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen, zijn twee uitzonderingen gemaakt. Geen nieuwe verjaringstermijn begint te lopen wanneer bindend advies<sup>23</sup> wordt gevraagd en verkregen. Art. 3:319 BW is eveneens niet van toepassing in het geval de eis wordt toegewezen. Dit omvat zowel de situatie dat de oorspronkelijk ingestelde eis wordt gevolgd door toewijzing als de situatie waarin de oorspronkelijke eis niet tot toewijzing leidt, doch waarin binnen zes maanden nadien een nieuwe eis wordt ingesteld, die wél door toewijzing wordt gevolgd (art. 3:316 lid 2 BW).<sup>24</sup>

Wanneer de nieuw ingestelde eis niet onder de uitzondering van art. 3:319 lid 1 BW zou vallen, kan dit tot gevolg hebben dat de verjaring reeds voltooid is voordat de nieuwe eis in de zin van art. 3:316 lid 2 BW wordt ingesteld. Op grond van het bepaalde in art. 3:319 lid 1 BW begint immers een termijn van maximaal vijf jaren te lopen op het moment dat de verjaring is gestuit. Stuitende werking wordt, op grond van de letterlijke tekst van art. 3:316 lid 2 BW in samenhang met art. 3:319 lid 1 BW slechts toegekend aan de oorspronkelijk ingestelde eis.

Een voorbeeld moge dit verduidelijken: stel dat de oorspronkelijke dagvaarding is uitgebracht op 1 april 2000. De ingestelde eis leidt niet tot toewijzing, maar bij voorbeeld tot niet-ontvankelijkverklaring. Niet ondenkbaar is dat de procedure in eerste aanleg twee jaren in beslag neemt. Volgen op de procedure in eerste aanleg ook nog de rechtsmiddelen hoger beroep en cassatie, dan is een tijdsverloop van 6 jaren om de procedure in alle instanties te beëindigen eerder regel dan uitzondering. De cassatierechter bekrachtigt op 1 april 2006 het vonnis van de rechter in eerste aanleg houdende niet-ontvankelijkverklaring van eiser in zijn vordering. Binnen zes maanden na het in kracht van

22. Parl. Gesch. Boek 3, p. 937.

23. Omdat bindend advies een rechtsfiguur is die zeer dicht aanligt tegen arbitrage, verdient het op dit punt – volgens de wetgever – een zoveel mogelijk gelijke behandeling. Een geheel gelijke behandeling is, gezien het feit dat een bindend advies slechts wordt opgenomen in de overeenkomst tussen partijen in geschil en op zichzelf geen executorialie titel oplevert, niet mogelijk. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 937.

24. Vgl. ook Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 681.

gewijsde gaan van deze cassatie-uitspraak van de Hoge Raad wordt een nieuwe eis ingesteld, die wel tot toewijzing leidt. De oorspronkelijk ingestelde eis behoudt in dat geval de stuitende werking. Omdat volgens art. 3:319 lid 1 BW na stuiting – die in deze casus op 1 april 2000 plaatsvond – een nieuwe verjaringstermijn op 2 april begint te lopen, die, ingevolge het bepaalde in art. 3:319 lid 2 BW maximaal vijf jaren duurt, is strikt genomen de rechtsvordering op 2 april 2005 verjaard.

Aangezien, zoals de Minister in de MvT zelf aangeeft, ‘van een procespartij niet (mag) worden verlangd dat zij hangende het geding aanmaningen aan de wederpartij doet uitgaan om de verjaring te stuiten voor het geval mocht blijken dat zij haar vordering verkeerd heeft opgezet’,<sup>25</sup> moet ook het opnieuw instellen van een eis nadat de oorspronkelijk ingestelde eis niet tot toewijzing heeft geleid onder de eerste uitzondering van art. 3:319 lid 1 BW worden gebracht, zodat na toewijzing van de opnieuw ingestelde eis op de voet van het bepaalde in art. 3:324 BW een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen.<sup>26</sup> Over deze verjaring van de executiebevoegdheid meer in deel II.

#### *Niet (tijdige) inschrijving op de rol*

Hiervoor is een overzicht gegeven van hetgeen rechtens geldt op het punt van verjaring. Aan de orde is gekomen wanneer de termijn een aanvang neemt, hoe lang de termijn is en wanneer de termijn is afgelopen. Hierna zal aan de hand van een voorbeeld een aantal knelpunten in het wettelijk stelsel omtrent verjaring de revue passeren.

Stel: de dagvaarding is uitgebracht op 10 januari, met daarin oproeping voor een procedure in eerste aanleg bij de rechtbank tegen 10 juli. De lopende verjaringstermijn zal op 10 april aflopen. Helaas wordt de dagvaarding niet, overeenkomstig het bepaalde in art. 135 Rv, tijdig op de rol ingeschreven. Daags na de oorspronkelijke rechtsdag komt eiser achter zijn verzuim.

Met de dagvaarding is de zaak aanhangig en is de lopende verjaring op de voet van het bepaalde in art. 3:316 lid 1 BW gestuit. In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen *niet* inschrijving

25. Parl. Gesch. Boek 3, p. 934.

26. Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 937. Zo merkt de Minister in dit verband op: ‘*In dat geval blijft dus de verjaring gestuit, ook al zou sedert het instellen van de eis een nieuwe verjaringstermijn zijn verstreken.*’

en *niet tijdige* inschrijving op de rol.

*Niet* inschrijving op de rol heeft tot gevolg dat de zaak in kwestie niet bekend is bij het desbetreffende gerecht. Omdat de zaak niet op de rol staat, kan de rechter in de zaak geen uitspraak doen. In geval van *niet tijdige* inschrijving wordt de zaak wel op de rol ingeschreven, maar te laat. In beginsel leidt *niet tijdige* inschrijving tot niet-ontvankelijkverklaring van eiser in zijn vordering.

Agevraagd kan worden hoe het in dit geval zit met de verjaring en de stuitende werking van het instellen van de eis. In het navolgende zullen drie oplossingen worden aangedragen om de niet of de niet tijdige inschrijving op de rol enigszins – in elk geval op het punt van de verjaring en stuiting daarvan – te herstellen.

#### Mogelijkheid I: herstelexploot

Niet tijdige inschrijving op de rol kan hersteld worden door middel van een herstelexploot. In het burgerlijk procesrecht moet met betrekking tot herstelexploten een onderscheid gemaakt worden tussen herstel van gebreken in de dagvaarding die met nietigheid zijn bedreigd (art. 91 e.v. Rv) en gebreken die niet met nietigheid zijn bedreigd.<sup>27</sup> De eerste categorie gebreken kan bij herstelexploot uitgebracht voor de dienende dag worden hersteld (art. 92 lid 1 Rv). De laatste categorie gebreken, waaronder een ruim scala van verzuimen<sup>28</sup> geschaard kan worden, kan op verschillende manieren hersteld worden.

Zo kan bij voorbeeld het verzuim van eiser om de zaak (tijdig) op de rol in te schrijven op een aantal manieren worden 'hersteld'. In de eerste plaats kan gedaagde op de voet van het bepaalde in art. 139 Rv de zaak inschrijven op de rol.<sup>29</sup> Deze optie kan, blijkens art. 139 lid 2 Rv jo. art. 75 Rv, leiden tot verstekverlening tegen eiser en vervolgens ontslag van instantie.<sup>30</sup> Van herstel van het verzuim van eiser is in dit

27. Zie omtrent gebreken in en rond de dagvaarding ook M.P.J. Ruijpers, *Herstel van fouten in en rond de dagvaarding*, TCR 1998, p. 27-30.

28. Tot deze categorie behoren o.m. de niet tijdige inschrijving op de rol en een dagbepaling in de dagvaarding tegen een dag en uur waarop de rechter geen zitting houdt. Voor de mogelijkheid van herstel door middel van dit – in de jurisprudentie ontwikkelde herstelexploot – moet het verzuim wel van processuele aard zijn, aldus HR 7 mei 1999, *NJ* 1999, 506 (V/B).

29. Dit schijnt overigens in de praktijk niet veelvuldig voor te komen.

30. Dit alles evenwel niet terstond op de aangezegde rechtsdag maar na twee weken, zie

geval niet echt sprake, aangezien hij geconfronteerd wordt met een eis die niet tot toewijzing heeft geleid en derhalve – in beginsel – met het verval van de stuitende werking, tenzij hij – na betaling van de kosten van het verstek (art. 75 Rv) – een nieuwe eis instelt, die uiteindelijk wel tot toewijzing leidt (art. 3:316 lid 2 BW).

Een manier om de niet tijdige inschrijving te herstellen is door de zaak alsnog op de rol in te schrijven met toestemming van de wederpartij. Indien de wederpartij geen toestemming wil geven, kan herstel van niet tijdige inschrijving ook plaatsvinden door middel van een herstelexploot. Deze herstelmogelijkheid is aangedragen in jurisprudentie.<sup>31</sup> In het geval dat eiser verzuimd heeft de zaak tijdig op de rol in te schrijven, kan hij ‘met bekwame spoed’ – i.e. binnen 14 dagen na de oorspronkelijk aangezegde rechtsdag<sup>32</sup> – een herstelexploot uitbrengen. Bij het bepalen van een nieuwe rechtsdag moeten de oproepingstermijnen van art. 7 e.v. Rv in acht worden genomen. Door het uitbrengen van het herstelexploot, ditmaal wel gevolgd door inschrijving ter rolle, wordt het verzuim de oorspronkelijke dagvaarding op de rol in te schrijven – en derhalve ook de stuitende werking van de oorspronkelijke dagvaarding – hersteld. Wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid het verzuim te herstellen door middel van een herstelexploot, of kan van deze mogelijkheid geen gebruik worden gemaakt, dan resteert de mogelijkheid van art. 3:316 lid 2 BW: het instellen van een nieuwe eis binnen zes maanden, welke eis wel gevolgd wordt door toewijzing.

#### Mogelijkheid II: binnen zes maanden nieuwe eis instellen

De ingestelde eis heeft niet tot toewijzing geleid, wanneer eiser, vanwege de niet tijdige inschrijving op de rol, niet ontvankelijk wordt verklaard. Hierop is art. 3:316 lid 2 BW van toepassing. De inleidende dagvaarding die in ons voorbeeld op 10 januari was uitgebracht, heeft dan, volgens het bepaalde in art. 3:316 lid 2 BW,<sup>33</sup> slechts stuitende

HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 119 (Boulisi/Koet).

31. Zie o.m. HR 17 december 1982, *NJ* 1984, 59, m.nt. WHH (van der Kroft/Lont), HR 17 september 1993, *NJ* 1993, 741 (Transbag/De Tombe) en HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 193 (Briët/McGonigal).

32. En niet daags na de toevallige ontdekking van het verzuim, aldus HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 452 (L/R).

33. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 933, met verwijzing naar HR 5 juni 1942, *NJ* 1942, 583, waaruit blijkt dat de tekst van art. 3:316 lid 2 BW is aangepast ten opzichte van art.

werking indien binnen zes maanden nadat het geding door een in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op een andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt. Wanneer eiser door de rechter niet ontvankelijk is verklaard, begint de termijn van zes maanden te lopen op het moment dat de desbetreffende uitspraak in kracht van gewijsde gaat.

Stel nu dat, uitgaande van de hierboven weergegeven casus, de rechter op 10 juli de niet-ontvankelijkverklaring van eiser in zijn vordering had uitgesproken. Dan begint op de dag daarna – 11 juli – de termijn van drie maanden om hoger beroep in te stellen te lopen (art. 339 lid 1 Rv). Vóór 11 oktober moet eiser hoger beroep hebben ingesteld tegen het vonnis houdende niet-ontvankelijkverklaring. Is dit niet gebeurd, dan gaat 11 oktober het vonnis in kracht van gewijsde en moet – voor het behoud van de stuitende werking van de inleidende dagvaarding van 10 januari – binnen 6 maanden opnieuw een eis worden ingesteld, die wel tot toewijzing leidt. Als vervolgens de nieuw ingestelde eis wordt toegewezen, dan is op de bevoegdheid de uitspraak te executeren art. 3:324 BW van toepassing. Dienaangaande zij op deze plaats verwezen naar deel II van deze bijdrage.

In beginsel wordt als gevolg van *niet tijdige* inschrijving op de rol aangegeven dat het leidt tot niet-ontvankelijkverklaring van eiser in zijn vordering. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de zaak uiteindelijk wel – doch te laat – op de rol is ingeschreven en (in elk geval een van) partijen voor de rechter (is) zijn verschenen. Wat is nu het geval als de zaak, na het uitbrengen van de dagvaarding, in het geheel *niet* op de rol wordt ingeschreven?

Het doel van de inschrijving op de rol is de zaak bekend maken bij het gerecht waarvoor gedaagde is opgeroepen. Wordt de zaak niet ingeschreven op de rol, dan is het desbetreffende gerecht ook niet op de hoogte van de zaak en kan zij in die zaak geen uitspraak doen. Voor toepassing van de mogelijkheid van art. 3:316 lid 2 BW – behoud van de stuitende werking door instellen van een nieuwe eis – moet ofwel het geding geëindigd zijn door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak ofwel op een andere wijze. Van belang in deze casus is derhalve of het geding op andere wijze is geëindigd, dan zou een nieuwe termijn gaan lopen om alsnog een eis in te stellen. Wij

2018 Oud BW, juist om duidelijk te maken dat ook niet-ontvankelijkverklaring onder de werking van dit artikel valt.



menen evenwel dat van beëindiging in de zin van art. 3:316 lid 2 BW geen sprake is indien de zaak niet ter rolle wordt ingeschreven, aangezien – achteraf bekeken – de zaak nooit een aanvang heeft genomen.

Met het uitbrengen van de dagvaarding is de zaak aanhangig. Door de zaak vervolgens niet in te schrijven op de rol – en dit verzuim niet te herstellen door het uitbrengen van een herstelexploot – verliest de zaak haar aanhangigheid.<sup>34</sup> Achteraf bezien is de eis nooit ingesteld. Onzes inziens moet het begrip ‘instellen van een eis’ in de zin van art. 3:316 BW, wanneer dat geschiedt door middel van een dagvaarding, aldus worden begrepen dat de eis pas rechtsgeldig is ingesteld wanneer dit – al dan niet na herstel door middel van een herstelexploot – is gevolgd door inschrijving van de zaak op de rol.<sup>35</sup> Verzuimt eiser de zaak in te schrijven op de rol (en maakt ook gedaagde geen gebruik van de in art. 139 Rv geboden mogelijkheid) dan is de eis achteraf gezien niet geldig ingesteld en heeft de inleidende dagvaarding geen stuitende werking gehad.<sup>36</sup> Er begint dan geen nieuwe termijn van art. 3:316 lid 2 BW te lopen.<sup>37</sup> De enige mogelijkheid die dan nog openstaat voor eiser is te trachten de zaak opnieuw aanhangig te maken door een nieuwe dagvaarding uit te brengen (zie mogelijkheid III). Vaak – zo ook in onze casus – is dat evenwel niet mogelijk aangezien de verjaring dan reeds voltooid is.

### Mogelijkheid III: een nieuwe dagvaarding uitbrengen

Voor de volledigheid wordt hier melding gemaakt van deze mogelijkheid. In ons voorbeeld biedt deze optie voor eiser geen soelaas. Eiser ontdekt het verzuim de zaak ter rolle in te schrijven immers pas daags na de oorspronkelijke rechtsdag, 10 juli. Aangezien aan de inleidende dagvaarding, gezien het bepaalde in art. 3:316 lid 2

34. HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 606, m.nt. HER (Zoontjens/Kijlstra), r.o. 2.2.

35. Vgl. – met betrekking tot de geldigheid van een herstelexploot – HR 17 september 1993, *NJ* 1993, 741 (Transbag/De Tombe).

36. Vgl. Koopmann (1993) p. 77.

37. Een middel om in geval van *niet* inschrijving de stuitende werking van de oorspronkelijk ingestelde eis te ‘bewaren’ lijkt te zijn het alsnog – hoewel veel te laat – inschrijven van de zaak op de rol. Hierdoor kan de rechter een niet-ontvankelijkverklaring uitspreken, waarna de termijn van art. 3:316 lid 2 BW begint te lopen. Het is evenwel niet ondenkbaar dat de rechter deze constructie bestempelt als misbruik van procesrecht.

BW, achteraf de stuitende werking is ontvallen, is op 10 april de lopende verjaring voltooid. Wanneer gedaagde in rechte het verjaringsverweer opwerpt, zal de rechter de vordering afwijzen.

#### 4. BEVRIJDENDE VERJARING VAN DE EXECUTIEBEVOEGDHEID<sup>38</sup>

*Een toewijzende uitspraak; en dan?*

Wanneer een vordering is toegewezen, rijst de vraag hoe lang de toewijzende uitspraak ten uitvoer gelegd mag worden. De oorspronkelijke rechtsvordering verjaart zoals gezegd niet meer zodra zij binnen de verjaringstermijn aanhangig wordt gemaakt en vervolgens wordt toegewezen.<sup>39</sup> Thans gaat een nieuwe verjarings-termijn lopen: de termijn van de verjaring van de executie-bevoegdheid, geregeld in art. 3:324 BW. Hiermee wordt bij voorbeeld voorkomen dat een uitspraak die honderd jaren geleden werd gewezen alsnog ten uitvoer gelegd kan worden tegen de erfgenamen van de veroordeelde partij, terwijl die niet weten of, en waarschijnlijk ook niet kunnen bewijzen, dat lang geleden aan de veroordeling was voldaan, of dat daarover een schikking was bereikt.<sup>40</sup> Ook deze verjaring kan uiteraard gestuit worden. Hierop is evenwel niet de regeling van art. 3:316 BW e.v. van toepassing, maar art. 3:324 BW, dat een speciale regeling geeft voor de stuiting van de executiebevoegdheid.

Art. 3:324 BW geldt voor veroordelende uitspraken van de Nederlandse rechter, zowel voor vonnissen als beschikkingen en ongeacht of zij ten gronde zijn geweest of voorlopige maatregelen bevatten. Het is voor de toepassing van art. 3:324 BW evenmin van belang of de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Dit kan betekenen dat de bevoegdheid een verstekvonnis ten uitvoer te leggen, reeds kan zijn verjaard, voordat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.<sup>41</sup>

Het artikel geldt tevens voor arbitrale uitspraken,<sup>42</sup> en waarschijnlijk ook voor uitspraken van buitenlandse rechters.<sup>43</sup>

De verjaring geldt niet de uitspraak als zodanig, doch bestrijkt

38. Zie hieromtrent uitgebreid H. Stein, Verjaring van de executiebevoegdheid, De Gerechtsdeurwaarder (1998) p. 25-34.

39. Parl. Gesch. Boek 3, p. 941.

40. Aldus Brunner-de Jong, Verbintenissenrecht algemeen, (1999) p. 272.

41. Parl. Gesch. Boek 3, p. 943.

42. Men zie voor bindend advies verderop in dit opstel.

43. Vgl. Stein (1998) p. 29.

slechts de bevoegdheid de uitspraak te kunnen executeren; de overige gevolgen van de uitspraak, zoals gezag van gewijsde of bewijskracht blijven ook na het verstrijken van de termijn waarbinnen geëxecuteerd moet worden, van kracht. De verjaring is dan ook slechts van belang voor zover de uitspraak een veroordeling van enige aard inhoudt, die voor ten uitvoerlegging in aanmerking komt. Voor arbitrale en buitenlandse uitspraken impliceert dit dat zij zullen moeten zijn voorzien van een exequatur: eerst dan is de uitspraak immers voor dadelijke tenuitvoerlegging vatbaar. Oudelaar merkt op dat wanneer in een uitspraak een veroordeling in strikte zin ontbreekt, terwijl zij wel voor executie vatbaar is – zoals bij voorbeeld het geval kan zijn bij de reële executie van art. 3:300 BW – de verjaringstermijnen wel gelden.<sup>44</sup> Is de uitspraak alleen declaratoir van aard, dan kan zij ook nog na het verstrijken van de termijn worden ingeroepen.<sup>45</sup>

Art. 3:325 lid 1 BW verklaart art. 3:319-323 BW (handelend over de verjaring van de rechtsvordering zelf) van overeenkomstige toepassing op de verjaring van de executiebevoegdheid. Zo mag de rechter ook deze verjaring niet ambtshalve toepassen.

### *Termijn*

De verjaringstermijn van de executiebevoegdheid is in beginsel twintig jaren (art. 3:324 lid 1 BW). Deze termijn geldt ook indien voor de verjaring van de rechtsvordering, die aan de veroordeling ten grondslag lag, een kortere termijn gold, omdat door de uitspraak het bestaan van de verplichting in kwestie dwingend is vastgesteld en de eiser er blijk van heeft gegeven nakoming te wensen.<sup>46</sup> De verjaring van de executiebevoegdheid dient geheel los van de verjaring van de oorspronkelijke rechtsvordering, die aan de veroordeling ten grondslag lag, beschouwd te worden.

Een voorbeeld is te vinden in het arrest HR 10 april 1992.<sup>47</sup> Vereenvoudigd ging het om het volgende. Van Veen was in 1978 veroordeeld om aan Fischer een bedrag van ruim f 10.000 te betalen

44. H. Oudelaar, *Vademecum Burgerlijk Procesrecht*, bijzonder deel Beslag en Executie par. 1.29.1.

45. Aldus Parl. Gesch. Boek 3, p. 941; zie ook Stein (1998) p. 25; in beginsel geldt hetzelfde voor zuiver constitutionele uitspraken.

46. Parl. Gesch. Boek 3, p. 941.

47. HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 460 (Van Veen/Fischer).

ter zake van achterstallige huurtermijnen. Van Veen werd vervolgens in staat van faillissement verklaard, welk faillissement in 1979 werd opgeheven wegens gebrek aan baten. In 1988 wendde Fischer zich tot Van Veen en maande hem aan tot betaling van het openstaande bedrag. Van Veen stelde daarop dat de vordering van Fischer was verjaard, aangezien de voor huurprijzen geldende verjaringstermijn van vijf jaren (thans art. 3:308 BW) was verstreken. Van Veen kreeg geen gelijk van de Hoge Raad, die, in aansluiting bij het huidig BW (art. 3:324 BW), overwoog dat niet van toepassing was de verjaringstermijn van de huurvordering zelf doch dat het hier ging om de verjaringstermijn van de executiebevoegdheid, welke in 1988 nog niet was verstreken.<sup>48</sup>

Art. 3:324 lid 3 BW maakt een uitzondering voor hetgeen volgens een veroordeling per jaar of per kortere termijn moet worden betaald: in dat geval verjaart de executiebevoegdheid na vijf jaren. Deze verjaring betreft dus slechts de verschenen termijnen.

In het hierboven gegeven voorbeeld was Van Veen ook veroordeeld tot betaling van wettelijke rente over de achterstallige huurtermijnen. Omdat de executiebevoegdheid van een veroordeling betrekking hebbende op wettelijke rente – zijnde een periodieke verplichting, art. 6:119 lid 2 BW – na vijf jaren verjaart zou dat volgens de regels van huidig BW betekend hebben dat de in 1978 opgekomen rente over de achterstallige huurtermijnen in 1984 was verjaard, die opgekomen rente uit 1979 in 1985 enzovoorts.

De formulering van de veroordelende uitspraak is dus relevant voor de beantwoording van de vraag of de executiebevoegdheid verjaart na vijf of na twintig jaren. Bij wettelijke rente en dwangsommen zal hierover niet snel onduidelijkheid bestaan, maar de executant zij er op verdacht dat bij voorbeeld bij de veroordeling tot betaling van bedongen boetes de formulering van de veroordeling zo kan zijn, dat er hier sprake is van een ‘verborgen’ veroordeling tot periodieke betaling, welke reeds na 5 jaren is verjaard.<sup>49</sup>

De vraag is gerezen of de zonder voorbehoud gegeven toestemming van de schuldeiser aan de schuldenaar om een bij vonnis toegewezen

48. Thans zou deze termijn twintig jaren bedragen, onder het oude BW bestond geen aparte verjaringstermijn voor de executiebevoegdheid en werd de algemene verjaringregel van art. 2004 (dertig jaren) toepasselijk geacht.

49. Stein (1998) p. 31.

hoofdsom in termijnen te mogen afbetalen, tot gevolg heeft dat nu de verjaringstermijn van art. 3:324 lid 3 BW (5 jaren) van toepassing wordt in plaats van de termijn van art. 3:324 lid 1 BW (20 jaren).<sup>50</sup> Gezien het feit dat lid 3 expliciet spreekt van ‘ingevolge de uitspraak (...) moet worden betaald’, zouden wij aan een tussen partijen overeengekomen afbetalingsregeling dit rechtsgevolg niet willen verbinden.

Voor bijkomende veroordelingen zoals renten, boeten en dwangsommen bepaalt art 3:324 lid 4 BW bovendien dat de verjaring niet later intreedt dan de verjaring van de executiebevoegdheid van de hoofdveroordeling.<sup>51</sup>

In de casus van HR 10 april 1992, wederom getransponeerd naar huidig recht zou dit betekenen dat, nu de executiebevoegdheid met betrekking tot de achterstallige huurtermijnen zou zijn verjaard in 1998 (20 jaren na de veroordeling), de veroordeling ter zake van de wettelijke rente eveneens in 1998 is verjaard. Deze verjaring heeft dus ook betrekking op de in 1997 verschenen rente.

Bij dwangsommen is oplettendheid geboden, aangezien deze onderworpen zijn aan een eigen verjaringstermijn: in afwijking van art. 3:324 lid 3 BW is een dwangsom verjaard door verloop van 6 maanden nadat zij verbeurd is (art. 611g Rv).

### *Aanvang*

De verjaringstermijn vangt aan na de dag van de uitspraak (art. 3:324 lid 1 BW). Indien echter de uitspraak niet direct ten uitvoer kan worden gelegd omdat daaraan vereisten zijn gesteld waarvan de vervulling *niet* afhankelijk is van de wil van degene die de uitspraak heeft verkregen (bij voorbeeld bij een voorwaardelijke veroordeling, een veroordeling onder termijn, of een veroordeling verstrekt met dwangsom), gaat de verjaring lopen vanaf de dag volgende op die waarop de voorwaarde is vervuld, de termijn is verstreken, of de dwangsom is verbeurd. De verjaringstermijn gaat dus niet lopen,

50. Zie Pres. Rb. Amsterdam, 12 augustus 1999, KG 1999, 241, waar overigens gesproken wordt over de eventuele toepasselijkheid van art. 3:308 BW op de (mogelijke) afbetalingsregeling in kwestie. Het komt ons voor, dat wanneer er reeds een veroordelend vonnis is verkregen, hoogstens de vraag kan rijzen of er sprake is van toepasseljkheid van art. 3:324 lid 1 of lid 3 BW Art. 3:308 BW is dan een gepasseerd station.

51. Tenzij deze verjaring tijdig is gestuit of verlengd.

zolang de uitspraak niet voor tenuitvoerlegging vatbaar is. Voor uitspraken van de Nederlandse rechter geldt in beginsel dat zij vanaf de uitspraak voor tenuitvoerlegging vatbaar zijn, ook als zij niet uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard: ook indien de uitvoerbaar bij voorraad-verklaring in de uitspraak ontbreekt, is zij voor dadelijke executie vatbaar.<sup>52</sup>

Arbitrale uitspraken en uitspraken van buitenlandse rechters dienen eerst van een exequatur te zijn voorzien, alvorens zij ten uitvoer gelegd kunnen worden. Op het eerste gezicht zou men dus zeggen dat de verjaringstermijn eerst na verkrijging van het exequatur zou gaan lopen. Echter, wanneer de uitspraak niet voor dadelijke tenuitvoerlegging vatbaar is omdat vereisten zijn gesteld waarvan de vervulling *juist wel* afhankelijk is van de wil van degene die de uitspraak heeft verkregen – te denken valt bij voorbeeld een niet nagekomen verplichting van de executant tot zekerheidsstelling – valt uit art. 3:324 lid 1 BW af te leiden dat de verjaringstermijn van de executiebevoegdheid aanvangt na de dag van de uitspraak.<sup>53</sup> Dit betekent ook dat de verjaringstermijn van de executie al kan gaan lopen zonder dat de executoriale titel aan de geëxecuteerde is betekend. Hieruit kan naar onze mening ook worden afgeleid dat de verjaringstermijn van buitenlandse of arbitrale uitspraken reeds aanvangt na de dag van de uitspraak. Het aanvragen van het benodigde exequatur is immers te beschouwen als een vereiste waarvan de vervulling afhankelijk is van de wil van degene die de uitspraak heeft verkregen.<sup>54</sup>

Indien een der partijen, voordat de verjaring is voltooid, tegen de uitspraak een gewoon rechtsmiddel instelt, vangt de verjaring eerst aan vanaf de dag, waarop het geding daarover is geëindigd (3:324 lid 2 BW).

De vraag rijst hier of, en zo ja hoe, het voor de aanvang van de verjaringstermijn van belang is of de uitspraak uitvoerbaar bij

52. Parl. Gesch. Boek 3, p. 942.

53. Waardoor overigens eerst achteraf met terugwerkende kracht (nadat dus bijvoorbeeld blijkt dat de vereiste zekerheid niet gesteld is) de verjaringstermijn berekend kan worden.

54. Nu aan het verzoek om exequaturverlening geen termijnen zijn verbonden, zou een andersluidende oplossing impliceren dat de aanvang van de verjaringstermijn eendeloos vooruitgeschoven zou kunnen worden.

voorraad is verklaard. Indien een uitspraak immers uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, schorst het instellen van een gewoon rechtsmiddel de tenuitvoerlegging niet (art. 82 lid 1 Rv, 350 lid 1 Rv en 404 Rv). Stein leidt hier uit af, dat de verjaring van de executiebevoegdheid van een veroordeling waartegen een gewoon rechtsmiddel is ingesteld, eerst aanvangt op dag nadat omtrent dat rechtsmiddel een uitspraak is gedaan, indien de oorspronkelijke uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Dit impliceert, dat indien de oorspronkelijke uitspraak wel uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, doch de executant in afwachting van een beslissing op het ingestelde rechtsmiddel niet executeert, de verjaringstermijn volgens Stein reeds is gaan lopen op de dag na de oorspronkelijke uitspraak.<sup>55</sup> Bij een vijfjarige verjaringstermijn kan dit voor de executant tot zeer onwelkome verrassingen leiden. Het komt ons voor dat deze conclusie van Stein, waarvoor wij noch in de wettekst, noch in de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten kunnen vinden, niet juist is en ten opzichte van de executant tot grote rechtsonzekerheid zou kunnen leiden. Wij zouden deze kwestie dan ook geheel los van de uitvoerbaar bij voorraad verklaring willen beschouwen, en zijn van mening dat in alle gevallen waarin een gewoon rechtsmiddel is ingesteld – en niet tussentijds is geëxecuteerd waardoor de gehele verjaringskwestie niet meer speelt – de verjaring van de executiebevoegdheid eerst aanvangt nadat op dat rechtsmiddel is beslist.<sup>56</sup>

#### *Beëindiging geschil op andere wijze*

Naast een uitspraak door de rechter of de arbiter, kan een geschil tussen partijen ook eindigen door een vaststellingsovereenkomst. In een vaststellingsovereenkomst wordt hetgeen tussen partijen geldt<sup>57</sup> vastgelegd; met ‘vaststelling’ wordt bedoeld ‘*de rechtstoestand die door de nakoming van de op de vaststelling gerichte verbintenissen wordt bewerkstelligd*’.<sup>58</sup> De wet heeft niet in alle gevallen voorzien,

55. Stein (1998) p. 25 en p. 28.

56. Aldus ook Oudelaar par. 1.29.3. Nu uitvoerbaar bij voorraad verklaring eerder standaard dan uitzondering is, zou een andere opvatting inhouden dat art. 3:324 lid 2 BW nog slechts bij hoge uitzondering toepassing zou vinden, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever lijkt te zijn.

57. De vaststelling is ‘bestemd om ook te gelden voorzover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken’, aldus art. 7:900 lid 1 BW.

58. MvT, TK 17779, nr. 3, p. 37.

hoe het in dat geval gaat met de verjaring van de vorderingen, voortvloeiend uit de vaststellingsovereenkomst. In de parlementaire geschiedenis van de vaststellingsovereenkomst leest men slechts dat *'de vraag in hoeverre wetbepalingen die van toepassing waren op de oorspronkelijke vordering bij voorbeeld betreffende (...) verjaringstermijnen, nog toepasselijk zijn, zal (...) moeten worden beantwoord aan de hand van de strekking van de wetbepalingen die voor toepassing in aanmerking komen (...)'*<sup>59</sup>.

#### Bindend advies

Indien de vaststelling plaatsvindt door middel van bindend advies (art. 7:900 lid 2 slot BW) is de verjaring van de oorspronkelijke rechtsovereenkomst gestuit door de handeling strekkende tot de verkrijging van het bindend advies, mits van die handeling met bekwame spoed mededeling aan de wederpartij is gedaan (art. 3:316 lid 3 BW). Een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen de dag na die waarop vervolgens het bindend advies is uitgebracht (art. 3:319 lid 1 BW); gedurende die termijn kan naleving van het bindend advies worden afgedwongen door het instellen van een rechtsovereenkomst bij de rechter. Deze termijn is gelijk aan de termijn van de oorspronkelijke rechtsovereenkomst, doch niet langer dan vijf jaren (art. 3:319 lid 2 BW). De termijn kan echter – ook na het verkrijgen van het bindend advies – langer zijn dan vijf jaren, indien de oorspronkelijke termijn, indien geen stuiting had plaatsgevonden, nog niet zou zijn verstreken (art. 3:319 lid 2, 2e zin BW).<sup>60</sup> Deze uitzondering – om een lopende termijn niet te verkorten – is gegeven opdat de gerechtigde niet door het verstrijken van een verjaringstermijn kan worden verrast, aangezien de stuiting ook door handelingen van zijn wederpartij (bij voorbeeld erkenning) kan geschieden.

Te denken valt hier bij voorbeeld aan een revindicatievordering, waarvan de verjaringstermijn twintig jaren is (art. 3:306 BW). 4 jaren na de aanvang van de verjaringstermijn erkent de houder het recht van de eigenaar; waardoor de verjaring wordt gestuit (art. 3:318 BW). De verjaringstermijn bedraagt dan nog zestien jaren. Ondanks de erkenning vragen partijen op een gegeven moment bindend advies. negen jaren na het ontstaan van de rechtsovereenkomst beslist de bindend

59. MvT, TK 17779, nr. 3, p. 38.

60. Parl. Gesch. Boek 3, p. 937.



adviseur dat de gerevindiceerde zaak onmiddellijk moet worden teruggegeven aan de eigenaar. Indien de uitzondering van art. 3:319 lid 2 slot BW niet zou bestaan, zou de revindicatie vijf jaren na dit bindend advies zijn verjaard. Thans loopt de verjaringstermijn nog zes jaren extra door, en bestrijkt dus in totaal elf jaren na het bindend advies.

### Bindende partijafpraak

Indien partijen hun geschil beëindigen door een vaststellingsovereenkomst krachtens een beslissing van hen gezamenlijk (art. 7:900 lid 2 begin BW) is niet duidelijk wanneer de verjaring intreedt. Het advies uit de MvT deze vraag te beantwoorden aan de hand van de strekking van de toepasselijke wetsbepalingen – waar bedoeld lijkt te worden op de wetsbepalingen die het materiele vorderingsrecht beheersen<sup>61</sup> – lijkt rechtsonzekerheid in de hand te werken, hetgeen bij verjaringskwesties dient te worden vermeden. Beter lijkt het ons wanneer deze vraag wordt beantwoord op een wijze gelijk aan die bij bindend advies is geschied in art. 3:319 leden 1 en 2 BW: na het totstandkomen van de vaststelling gaat een nieuwe verjaringstermijn lopen, gelijk aan die van de oorspronkelijke rechtsvordering, doch van ten hoogste vijf jaren (tenzij de uitzondering van art. 3:319 lid 2 slot BW zich voordoet). Deze opvatting wordt gesteund door de parlementaire geschiedenis bij art. 3:316 BW alwaar in het kader van bijzondere regeling bij bindend advies wordt opgemerkt: *‘Onder beding van bindend advies moet hier worden verstaan ieder beding tussen partijen, waarbij de beslissing van geschillen aan de rechter wordt onttrokken zonder aan de uitspraak van een of meer scheidsrechters te worden onderworpen.’*<sup>62</sup>

Indien een procedure aanhangig is en hangende deze komen partijen tot een schikking, waarna zij de lopende procedure definitief royeren is eveneens de vraag of dan sprake is van toepasselijkheid van art. 3:316 lid 2 BW of van 3:319 BW. Stolker lijkt te menen dat in dit geval het geding is geëindigd ‘op andere wijze dan door toewijzing’, waardoor de verjaring van de rechtsvordering achteraf beschouwd niet is gestuit, hetgeen inhoudt dat de oorspronkelijke termijn alsnog is

61. Men vergelijk de voorbeelden uit de MvT 17779 p. 38 zoals bijv. art. 1 Successiewet en art. 1195 onder 6 Oud BW.

62. Parl. Gesch. Boek 3, p. 935.

blijven doorlopen.<sup>63</sup> Naar onze mening dient ook deze situatie analoog aan de regeling van bindend advies te worden geregeld. Een andere opvatting zou met zich brengen dat de lopende verjaring reeds kan zijn voltooid, voordat (of kort na) het aangaan van de vaststellings-overeenkomst.

#### Procesverbaal schikkingscomparitie

Evenmin is in de wet voorzien in een bepaling, die de verjaring regelt van andere executoriale titels, zoals bij voorbeeld een procesverbaal van een schikkingscomparitie. Art. 3:324 BW lijkt hierop niet van toepassing te zijn.<sup>64</sup> Inderdaad kan hier niet gesproken worden van een veroordelend vonnis (waardoor de nieuwe verjaringstermijn van 3:324 BW gaat lopen), noch van een afwijzend vonnis (waardoor de stuiting van 3:316 BW achteraf geen werking had en de verjaringstermijn van de oorspronkelijke rechtsvordering achteraf bezien steeds is door blijven lopen).<sup>65</sup> Hetgeen ter schikkingscomparitie is afgesproken kan meestal worden gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst.<sup>66</sup> Het bijzondere is dat deze vaststellingsovereenkomst – door de vorm waarin zij is opgemaakt, een proces-verbaal – een executoriale titel oplevert. Dit impliceert dat, indien een der partijen de vaststellingsovereenkomst niet zou nakomen, door de ander in rechte geen nakoming meer behoeft te worden gevorderd. Zodra een der partijen in verzuim is geraakt, kan de titel direct ten uitvoer gelegd worden (indien zij niet slechts declaratoir of zuiver constitutief is, doch voor tenuitvoerlegging vatbaar).

Het ligt dan niet voor de hand om voor (de vordering uit vaststellingsovereenkomst, versterkt met) deze executoriale titel aan te nemen dat hierop de verjaringstermijnen van de materiële rechtsvordering, die ten grondslag ligt aan de vaststellingsovereenkomst, van toepassing zijn.<sup>67</sup> Veeleer komt het ons voor dat hier, ondanks het

63. C.J.J.M. Stolker, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, aant. 4 bij art. 3:316 BW.

64. Aldus Oudelaar par. 1.29.1.

65. Zij het dat binnen zes maanden een nieuwe eis kan worden ingesteld; zie hieromtrent eerder in dit opstel.

66. Snijders/Ynzonides/Meijer (1997) nr. 150.

67. Oudelaar par. 1.29.1. lijkt dit wel te doen waar hij schrijft 'in die gevallen brengt verjaring van een rechtsvordering overeenkomstig de art. 3:306-322 BW dus tevens mee dat een eventueel terzake bestaand hebbende executiebevoegdheid is komen te

feit dat de letter van art. 3:324 BW anders lijkt te suggereren, ook voor dit soort executoriale titels de verjaringstermijn van art. 3:324 BW geldt: 20 jaren na de dag volgend op die waarop het procesverbaal is opgemaakt,<sup>68</sup> tenzij ingevolge de vaststelling bij het jaar of bij kortere termijn moet worden betaald, in welk geval de executoriale titel nog gedurende vijf jaren ten uitvoer kan worden gelegd.

#### *Misbruik van executiebevoegdheid*

Ondanks het feit dat de termijn waarbinnen de executiebevoegdheid verjaart, nog niet is verstreken, kan het toch zijn dat de schuldeiser niet meer mag executeren, omdat de schuldeiser/executant dan misbruik van zijn executiebevoegdheid zou maken. Dit lijkt op een spiegelbeeld van de situatie die aan het begin van dit opstel aan de orde kwam, met betrekking tot de mogelijkheid dat juist een beroep op de verjaring (van de rechtsvordering) bij hoge uitzondering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht.<sup>69</sup>

Men geraakt hier op het terrein van de executiegeschillen. Te denken valt – met name wanneer geruime tijd is verstreken tussen de veroordeling en de executie – aan bij voorbeeld de situatie dat de executoriale titel door latere omstandigheden zijn geldigheid heeft verloren. Deze latere omstandigheden kunnen zijn gelegen in het loutere tijdsverloop<sup>70</sup> of in toezeggingen van de schuldeiser/executant. Bij huurgeschillen doen dit soort kwesties zich met enige regelmaat voor: de vraag rijst dan bij voorbeeld of een ontruimingsvonnis nog ten uitvoer mag worden gelegd als de verhuurder de huurder tegen betaling in het genot laat van het gehuurde onder de voorwaarde dat de huurachterstand wordt ingelopen.<sup>71</sup>

Het is hier niet de plaats om nader op deze materie in te gaan,

vervallen’.

68. Tenzij de uitzondering van art. 3:324 lid 1 slot BW zich voordoet.

69. Zie voetnoot 5.

70. Bij voorbeeld Pres. Rb Alkmaar 17 december 1998, *KG* 1999, 19, waarin de executie (i.c. ontruiming) na ruim vijf jaren onrechtmatig werd geacht omdat dit een onaanvaardbaar lange termijn was. In ruime mate werd door de president aannemelijk geacht dat in een bodemprocedure zou worden aangenomen dat een nieuwe huurovereenkomst (na de ruim vijf jaren oude ontbinding) tussen partijen was overeengekomen.

71. Vgl bij voorbeeld HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 6 (Van der Maas/Wouter). Zie hieromtrent A.W. Jongbloed, *Huurprocesrecht, Praktisch procederen* 1999/2, in het bijzonder p. 29-30.

verwezen wordt naar de in de voetnoot genoemde literatuur.<sup>72</sup> Het is echter voor een executant belangrijk om te beseffen dat zijn bevoegdheid een veroordelende uitspraak ten uitvoer te leggen niet alleen absoluut begrensd wordt door de verjaringstermijnen van art. 3:324 BW, doch dat deze bevoegdheid ook haar grenzen kent in art. 3:13 BW (misbruik van recht).

72. Men zie onder meer H. Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen*, 1992, Snijders Ynzonides Meijer, nr 59; Y.E.M. Beukers, *Onherroepelijkheid en misbruik van executierecht*, TCR 1996 p. 73-77.

# De tand des tijds

OVER DE INVLOED VAN TIJD OP HET BEWIJS

*M. Kremer\**

## 1. TER INLEIDING

De term 'tijd' is afgeleid van het Griekse werkwoord 'daiesthai', hetgeen zoveel betekent als 'verdelen'. Tijd is, in het verlengde daarvan, dan ook wel op te vatten als instrument tot ordening van menselijke waarneming.<sup>1</sup> Deze benadering van tijd is wellicht niet de meest gebruikelijke, doch bij nader inzien is het zo eenvoudig nog niet een kernachtiger omschrijving van het begrip tijd te geven. Tijd ordent en vormt, naast ruimte, het natuurlijk interpretatiekader voor het menselijk handelen.

Tijd is ook voor het recht een belangrijk ordeningsprincipe.<sup>2</sup> Niet zozeer omdat het recht door de tijd verandert – dat is slechts het logische gevolg van de zich (steeds sneller) ontwikkelende en veranderende maatschappelijke opvattingen, waarvan het recht de uitdrukking vormt – maar vooral ook omdat het recht zelf gevolgen verbindt aan tijdsverloop.

In deze bijdrage wordt aandacht geschonken aan de vraag in hoeverre het bewijsrecht – in de meest brede zin des woords – daarbij zijn invloed doet gevoelen. Globaal uitgangspunt daarbij is de zienswijze dat de waarheidsvinding – en daarmee ook de kwaliteit van rechtspraak – in beginsel is gediend met het zo spoedig mogelijk aanhangig maken en het zo voortvarend mogelijk voeren van een procedure. De

\* Mr. M. Kremer was van 1993 tot en met 1998 werkzaam als assistent in opleiding bij de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit te Groningen. Sindsdien is hij werkzaam als advocaat bij Trip Advocaten en Notarissen. In 1999 is hij gepromoveerd op het onderwerp 'Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken'.

1. Aldus ook de omschrijving van 'tijd' in *Van Dale's Groot woordenboek der Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen 1999, p. 3427.
2. Ook J.B.M. Vranken, Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht, in: *RM Themis* 5/6 (1986), Themanummer Recht en tijd, p. 416 e.v., benadrukt de betekenis van tijd als 'systematiseringsfactor'.

mogelijkheden tot (materiële) waarheidsvinding zullen immers door tijdsverloop veelal nadelig worden beïnvloed.<sup>3</sup> Deze gedachte lag bijvoorbeeld ook ten grondslag aan de uitbreiding van de mogelijkheden tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor (artt. 214-220 Rv)<sup>4</sup> en aan de invoering van de mogelijkheden tot het doen houden van een voorlopig deskundigenonderzoek en van voorlopige plaatsopneming (artt. 227-232 Rv) in het per 1 april 1988 in werking getreden nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken.<sup>5</sup>

## 2. BEWIJSBAARHEID EN VERJARING

Hoewel ook elders in deze bundel wordt ingegaan op het fenomeen van de verjaring, kan daaraan op deze plaats niet geheel worden voorbijgegaan: de raakvlakken tussen beide zijn daarvoor te omvangrijk.

Onder het oude recht was het materiële bewijsrecht tezamen met de regels omtrent de verjaring neergelegd in het vierde boek (later het vijfde) van het BW van 1838. De samenhang tussen beide zou aldus kunnen worden omschreven, dat beide soorten regels zien op de vraag

3. Vgl. J.E. Bosch-Boesjes, 'Kwaliteit', tijdigheid in civiele procedures goed geregeld, in: *Trema* 1999, nr. 10a (Special), p. 31. Zij merkt op dat vertraging kan leiden tot onjuiste beslissingen omdat bijvoorbeeld bewijsmiddelen zijn verdwenen of vernietigd. Voor het strafrecht in soortgelijke zin bijvoorbeeld A.J.A. van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering*, diss. Tilburg, Arnhem 1985, p. 51 e.v. In deze bijdrage wordt verder overigens grotendeels voorbijgegaan aan de actuele discussie rondom de (problematische) tijdigheid van rechtspraak, waaraan voormelde speciale uitgave van *Trema* geheel is gewijd. Wellicht ten overvloede zij hier nog opgemerkt dat deze voortvarendheid uiteraard weer niet zodanig moet zijn dat de mogelijkheden tot deugdelijke bewijsgaring daardoor zouden worden gefrustreerd.
4. Reeds in de 19e eeuw kende ons recht het instituut van de zogenaamde 'valetudinaire enquête'. Zie ook art. 876 Rv oud, volgens welke bepaling in een aantal gevallen getuigen konden worden gehoord reeds voordat een getuigenverhoor was bevolen. Daarvoor moest het gevaar bestaan dat getuigenbewijs verloren zou gaan, bijvoorbeeld wegens ouderdom, ziekte of een aanstaand vertrek naar het buitenland van te horen getuigen. Zie Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs*, p. 129.
5. Volgens de memorie van toelichting bestond aan deze voorzieningen vooral behoefte met betrekking tot zaken die blootstaan aan verandering of bederf. Zie *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, door G.J. Boon, onder redactie van G.R. Rutgers en R.J.C. Flach, Deventer 1988, p. 360. Op die plaats wordt eveneens aangeduid dat een en ander in het uit 1920 stammende 'Ontwerp-Gratama' was geregeld in de artikelen 306-311 onder de titel 'Bewaring van bewijs'.

of en in hoeverre aan een (beweerdelijk aanwezig) subjectief recht een vordering in rechte is verbonden. Beide soorten regels behoren tot het zogenaamde actiënrecht.<sup>6</sup> Het onderscheid tussen beide valt in de onderhavige context – vrij vertaald – aldus te kenschetsen dat de verjaringsregels de duidelijkheid daaromtrent als het ware in abstracto beogen te verschaffen (zij stemmen slechts af op tijdsverloop gecombineerd met een enkel uiterlijk kenmerk), terwijl de regels van bewijsrecht deze duidelijkheid trachten te bewerkstelligen aan de hand van een waardering van alle beschikbare gegevens in het concrete geval.

Dat echter ook in de regels omtrent verjaring bewijsrechtelijke overwegingen<sup>7</sup> een rol van betekenis spelen, komt op diverse plaatsen tot uiting. Zo valt te wijzen op de parlementaire behandeling van de artikelen 3:307-311 BW, waarin relatief korte verjaringstermijnen van vijf jaar zijn opgenomen terzake van de aldaar omschreven voorde-  
ringsrechten.<sup>8</sup> De memorie van toelichting<sup>9</sup> stelt omtrent de invoering hiervan:

‘Bij deze opzet hebben de volgende overwegingen een rol gespeeld. Enerzijds verdient een bekorting van de termijnen van extinctieve verjaring in beginsel aanbeveling. De mogelijkheid nog aangesproken te kunnen worden dwingt de schuldenaar zijn bewijsmateriaal (kwitanties, girostrookjes, bankafrekeningen, bewijsstukken van een eventuele wanprestatie of ontbinding enz.) te bewaren. Dit brengt kosten mee, die in de sfeer van bedrijf en beroep soms aanzienlijk kunnen oplopen. Ook kan het zijn dat de schuldenaar door het verstrijken van de tijd in bewijsnood raakt, omdat getuigen onvindbaar geworden zijn, hij stukken die derden onder zich hadden, niet meer kan opvragen, of ook omdat hij niet meer de mogelijkheid heeft tot nader onderzoek van hetgeen is voorgevallen.

6. Zie Pitlo/Hidma, *Bewijs en verjaring* (1981), p. 3 en *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, p. 9. De verjaringsregels zijn inmiddels neergelegd in titel 11 van boek 3 BW.
7. Het betreft strikt genomen vooral overwegingen die de *bewijsbaarheid* van feiten betreffen.
8. Voor het strafrecht kan worden verwezen naar de beschouwingen van G.J.M. Corstens, De rol van de tijdsfactor in het strafrecht, in: *RM Themis* 5/6 (1986), Themanummer Recht en tijd, p. 441- 442, die waarde toekent aan de zogenaamde ‘bewijsverzwakkingsleer’ – inhoudende dat bewijsmateriaal door tijdsverloop qua omvang en kwaliteit afneemt – als grondslag voor het instituut van de vervolgingsverjaring.
9. Zie *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3: vermogensrecht in het algemeen*, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Deventer 1990, p. 1408. Vgl. ook MvA II bij art. 3.11.12, in: *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3: vermogensrecht in het algemeen*, Deventer 1981, p. 921.

Bekorting van de verjaringstermijn stemt ook overeen met de eis van een vlot lopend rechtsverkeer, waarin schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke tijd moeten instellen, zulks mede met het oog op de belangen van de schuldenaar en de rechtszekerheid.<sup>7</sup>

Soortgelijke opmerkingen gelden voor de artt. 6:89 en 7:23 BW.<sup>10</sup> Volgens deze bepalingen kan de crediteur (de koper) geen beroep meer doen op een gebrek in de prestatie (de afgeleverde zaak), indien hij zulks niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek ontdekte of had behoren te ontdekken aan de schuldenaar (verkoper) heeft medegedeeld. De memorie van toelichting<sup>11</sup> bij art. 7:23 lid 1 BW merkt op dat deze regel – in feite betreft het een vervaltermijn – de verkoper beoogt te beschermen tegen late en *daardoor* moeilijk betwistbare klachten. In het tweede lid is vervolgens bepaald dat op dergelijke gebreken gebaseerde rechtsvorderingen verjaren door verloop van twee jaren nadat deze kennisgeving is gedaan.<sup>12</sup>

Ook ‘andersom’ kan het verband uiteraard worden gelegd. Illustratief daarvoor zijn de opmerkingen van Koopmann<sup>13</sup> omtrent de praktische betekenis van verjaringstermijnen: ‘Lange verjaringstermijnen nopen de debiteur, op straffe van het verliezen van een eventueel na jaren tegen hem aangespannen geding, zijn bewijsmateriaal lange tijd te bewaren.’<sup>14</sup>

Wie zijn rechten wenst te bewaren doch (nog) niet te effectueren, kan zijn toevlucht nemen tot de figuur van de stuiting. De soms te

10. Art. 7:23 vormt de toepassing van de algemene regel van art. 6:89 BW op de koopovereenkomst.
11. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp Vaststelling en Invoering van titel 7.1 (koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, TK 1981, 16 979, nr. 3, p. 42.
12. Verrekening met de koopprijs daargelaten. De gedachte is dat de verkoper die na ontvangst van de klacht, zelf lang wacht met het vorderen van de koopprijs geen beroep op deze verjaring dient toe te komen.
13. H.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, diss. VU Amsterdam, Deventer 1993, p. 37.
14. De vraag rijst welke betekenis in dit verband uitgaat van wettelijke bewaartermijnen als bijvoorbeeld die van art. 7:454 lid 3 BW, waarin staat aangeduid dat hulpverleners het medisch dossier gedurende tien jaren – ‘of zoveel langer als redelijkerwijs uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit’ – dienen te bewaren. Hier kunnen tal van bewijsrechtelijke complicaties ontstaan indien de schade pas in een later stadium kenbaar wordt en de verjaringstermijn nog niet is verstreken (vgl. art. 3:310 BW, volgens welke rechtsvorderingen tot vergoeding van schade verjaren door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde met zowel de schade als de aansprakelijke persoon bekend is geworden, doch in ieder geval door verloop van twintig jaren (!) na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt).



knellende band van de verjaring kan daarmee desgewenst worden veruimd. Dat ook daarbij een nauwe relatie met het bewijs bestaat, kwam duidelijk naar voren in het arrest van HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244, waarin aan de orde was de vraag of een gespreksnotitie kon worden aangemerkt als ‘een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt’ in de zin van art. 3:317 BW. De Hoge Raad oordeelde dat deze bevoordelingen moesten worden begrepen in het licht van de strekking van dergelijke stuitingshandelingen,<sup>15</sup> inhoudende een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar dat deze er ‘ook na het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingesteld vordering behoorlijk kan verweren’.

Het komt op het eerste gezicht tamelijk vanzelfsprekend voor dat, gelet op voornoemde functie van de verjaring, tijdsverloop in het kader van het bewijsrecht niet veel gewicht kan toekomen, althans niet in formeel opzicht. Gesteld zou immers kunnen worden dat het debat omtrent de feiten, waarvan de vaststelling van belang is voor het bestaan of de totstandkoming van subjectieve rechten, *na* het verstrijken van de magische verjaringsgrens van nul en generlei betekenis is geworden, terwijl dat debat *daarvoor* juist steeds in volle omvang mag worden gevoerd.<sup>16</sup> Het niet onderschrijven hiervan lijkt in zekere zin neer te komen op de aanvaarding van vormen van buitenwettelijke

15. Onder verwijzing naar *Parlementaire Geschiedenis Boek 3, Inv. 3, 5 en 6*, p. 1408.

16. In deze zin bijvoorbeeld ook reeds F.G. Scheltema, *Nederlandsch Burgerlijk Bewijsrecht*, Zwolle 1940, p. 43. Op die plaats bespreekt hij de mogelijkheid dat de rechter op grond van het bewezen zijn van zekere feiten door middel van vermoedensbewijs kan concluderen tot het vaststaan van ontstaansfeiten die op hun beurt zijn vereist voor de aanvaarding van het bestaan van een subjectief recht middels verkrijgende verjaring. Hij merkt daarover op dat deze constructie ‘met groote bedachtzaamheid’ moet worden toegepast en voegt daaraan in een noot toe: ‘Het is duidelijk, dat omgekeerd juist het bestaan van de regeling van de verkrijgende verjaring tegen de mogelijkheid pleit, op grond van b.v. het bewijs van gedurende langen tijd uitgeoefende bezitsdaden tot het bestaan van een subjectief eigendomsrecht te concluderen, wanneer de bewezen feiten *niet* voldoende zijn, om tot verkrijging door middel van verjaring te concluderen: waartoe immers zou de wet nauwkeurig de voor verkrijgende verjaring noodige, feiten hebben vermeld, wanneer ook door het bewijs van een kleiner quantum feiten het recht als bestaande zou mogen worden beschouwd!’

verjaring die de primaire strekking daarvan – verschaffing van rechtszekerheid – juist weer teniet zouden doen.

### 3. RECHTSVERWERKING DOOR (TENGEVOLGE VAN TIJDSVERLOOP ONTSTAAN) BEWIJSNADEEL

Dat echter, ook wanneer verval- of verjaringstermijnen nog niet zijn verstreken, overwegingen van bewijsrechtelijke aard ertoe kunnen leiden dat vorderingsrechten niet meer geëffectueerd kunnen worden, blijkt onder meer uit het bestaan van de figuur van de rechtsverwerking.

De rechtsverwerking is te zien als een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW. Ook ten aanzien van rechtsverwerking wordt veelal naar voren gebracht dat er belangrijke raakvlakken bestaan met regels omtrent verjaring en verval. Valk<sup>17</sup> stelt dat zowel verjaring als rechtsverwerking beogen de wederpartij te beschermen tegen ‘onaangename verrassingen’ en ‘bewijsnood’ en Tjittes<sup>18</sup> omschrijft het verband aldus dat beide zijn aan te merken als sanctie op inactief gedrag. Het onderscheid tussen beide bestaat er vooral uit dat verjaring en verval intreden door louter tijdsverloop, terwijl voor rechtsverwerking bijkomende omstandigheden zijn vereist. Volgens de literatuur en ook vaste rechtspraak is *enkel* tijdsverloop dan ook voor rechtsverwerking in beginsel niet voldoende.<sup>19</sup>

In de literatuur worden in de regel diverse categorieën van rechtsverwerking onderscheiden, waarvan de meest relevante in deze context is de categorie waarin rechtsverwerking wordt aangenomen op grond van het feit dat de schuldeiser door zijn handelen (waarvan ‘stil-

17. W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, diss. R.U. Leiden, Serie recht en praktijk 70, Deventer 1993, p. 77.

18. R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking*, Monografieën Nieuw BW, Deventer 1992, nr. 6.

19. Vgl. Asser-Hartkamp II, *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer 1997, nr. 321, waar wordt verwezen naar de uitspraken van HR 18 februari 1991, *NJ* 1991, 272 en HR 7 juni 1991, *NJ* 1991, 708. Zie bijvoorbeeld ook HR 24 september 1999, *NJ* 1999, 755. Overigens is (langdurig) tijdsverloop als zodanig niet per se vereist voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking. Rechtsverwerking is het gevolg van gedragingen – en daarvan is ‘stilzitten’ (met bijkomende omstandigheden) er slechts één – die zodanig van aard zijn, dat deswege een later beroep van de rechthebbende op hem toekomende bevoegdheden in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Vgl. Tjittes, a.w., p. 4.

zitten' veelal onderdeel uitmaakt) zijn wederpartij in een zodanig nadelige bewijspositie heeft gebracht dat hem daarom geen beroep op zijn bevoegdheden meer dient toe te komen.<sup>20</sup> Daartoe volstaat dan (uiteraard) als zodanig weer niet de enkele omstandigheid dat hij reeds langere tijd over bepaald bewijsmateriaal kan beschikken. Dit komt met zoveel woorden tot uiting in het arrest van HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317 (*Schotanus/Bedrijfsvereniging*):

'De enkele omstandigheid dat de Bedrijfsvereniging, die reeds jarenlang over belangrijk bewijsmateriaal beschikte, pas ruim zeven jaar na het ongeval heeft gedagvaard, brengt niet mee dat zij zich niet te goeder trouw op dat bewijsmateriaal kon beroepen. Geen rechtsregel – met name niet de eisen van een goede procesorde – verzette er zich tegen dat het hof zijn beslissing op dit bewijsmateriaal baseerde.'

Een klassiek geval van rechtsverwerking op grond van door tijdsverloop ontstaan bewijsnadeel is het *Pekingeeden*-arrest van HR 15 maart 1968, *NJ* 1968, 251. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat eendenfokker/verkoper Oldenhove van exporteur/koper Calot niet achteraf betaling kon vorderen van de door Calot vanwege kwaliteitsgebreken toegepaste (bij overeenkomst bedongen) kortingen op de koopprijs voor zover Oldenhove had nagelaten daartegen tijdig te protesteren.<sup>21</sup> Oldenhove diende, in de woorden van het hof, indien hij

'... zich niet bij de door Calot toegepaste kortingen wilde neerleggen, telkens zo spoedig mogelijk na ontvangst van die kennisgevingen Calot van zijn bezwaren op de hoogte [...] te brengen, teneinde Calot gelegenheid te geven tijdig de kwaliteit van het geleverde zodanig te doen vaststellen, dat hij in een eventueel geding bewijs of tegenbewijs zou kunnen leveren.'<sup>22</sup>

20. Tjittes, a.w., nr. 19 en Valk, a.w., p. 68-69. Een beroep op rechtsverwerking komt de gedaagde niet toe voor zover de problemen bij de bewijslevering voortvloeien uit zijn eigen gedragingen. Aldus bijvoorbeeld HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 241, waarin de werkgever had nagelaten om, in strijd met de op hem rustende verplichtingen uit de Arbeidsomstandighedenwet, het ongeval van de werknemer te melden bij de Arbeidsinspectie. Voor een vergelijkbaar geval, zie HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45.
21. De eerder besproken bepalingen van art. 6:89 en 7:23 BW vormen voor een belangrijk deel de neerslag van deze en vergelijkbare jurisprudentie. Deze bepalingen worden door Tjittes, a.w., nr. 14, omschreven als 'wettelijke rechtsverwerkingstermijnen'. Volgens hem zijn het geen strikte vervaltermijnen, omdat – anders dan bij rechtsverwerking – de gedragingen van partijen bij vervaltermijnen in beginsel juist irrelevant zijn.
22. Om diezelfde reden werd van Calot verwacht dat hij, onder deugdelijke opgaaf van redenen, Oldenhove onmiddellijk na (elke) levering van de eventueel toegepaste

Hoe belangrijk het overigens is dergelijk bewijsnadeel te concretiseren blijkt uit het hiervoor vermelde arrest uit 1986 (*Schotanus/Bedrijfsvereniging*). Het middelonderdeel volgens welke de Bedrijfsvereniging, door jaren stil te zitten, het voor Schotanus moeilijk had gemaakt zijnerzijds (tegen-)bewijs te leveren, werd daarin door de Hoge Raad verworpen vanwege het feit dat door hem in feitelijke aanleg geen concrete feiten en omstandigheden waren gesteld waaruit dit zou kunnen worden afgeleid.<sup>23</sup> Soortgelijks komt naar voren uit de uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof voor de Nederlandse Antillen en Aruba van 22 september 1998, *NJ* 1999, 28 (*Astec/Barcadera*), waarin het beroep op rechtsverwerking wordt verworpen met de overweging dat Astec weliswaar heeft gesteld in een nadeliger positie te verkeren doordat Barcadera eerst na drie en een half jaar terugbetaling van door haar onverschuldigde betalingen heeft gevorderd en Astec niet meer exact kan vaststellen welk bedrag zij op grond daarvan teveel heeft afgerekend met een derde (de Aruba Ports Authority) jegens wie door Astec bovendien nooit enig voorbehoud is gemaakt, maar *niet* heeft gesteld daardoor in een *onmogelijke positie* jegens APA te verkeren bewijs te kunnen leveren van het teveel betaalde.

Meer recente voorbeelden van rechtsverwerking op grond van (mede) door tijdsverloop ontstaan nadeel in bewijspositie zijn HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 153 (*Derksen/Hoffmans*) en HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 544 (*Beelen/ACN en Joldersma*).

In de eerste zaak was aan de orde de vraag of Derksen, slachtoffer van een verkeersongeval – ten tijde van het ongeval zelf nog slechts 4 jaar oud – haar rechten had verwerkt door pas bijna 30 jaar na dato (vier dagen voor het einde van de verjaringstermijn) bromfietser Hoffmans als dader voor de gevolgen daarvan aan te spreken. Rechtsverwerking werd in deze zaak aangenomen, onder meer vanwege de

kortingen op de hoogte stelde.

23. Door enigszins ongelukkig procederen strandt ook de klacht die zich richt tegen 's Hof's overweging dat, in gevallen waarin bewijslevering door getuigen is aangewezen, tijdsverloop weliswaar voor beide partijen een procesrisico meebrengt, maar dat dit in de eerste plaats werkt ten nadele van de eisende partij vanwege het feit dat deze in beginsel de bewijslast ten aanzien van de grondslag van haar vordering draagt. Volgens de Hoge Raad beoogde het Hof hiermee kennelijk slechts in te gaan op de in cassatie niet meer opgeworpen klacht dat het instellen van een rechtsvordering na zo lange tijd in strijd komt met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid).

door dit tijdsverloop aanmerkelijk verslechterde bewijspositie van de dader. Dit betrof zowel het bewijsnadeel ten aanzien van het ongeval zelf – volgens Hoffmans waren er geen personen meer bij de politie en de marechaussee meer die daarover iets zouden kunnen verklaren – als ten aanzien van diens regres op zijn toenmalige WA-verzekeraar, welke volgens Hoffmans niet meer kon worden achterhaald.

In de tweede zaak werden ACN en Joldersma door het echtpaar Beelen eerst veertien jaren na het hen overkomen ongeval in rechte aangesproken voor de restschade die niet door de WAM-verzekeraar van Joldersma was vergoed (de maximumdekking was 1 miljoen gulden). Rechtsverwerking werd in deze zaak gebaseerd op (onder meer) de omstandigheid dat het echtpaar Beelen in de tussenliggende tijd,<sup>24</sup> buiten het gezichtsveld en de controlemogelijkheden van ACN en Joldersma om, een veelheid van bewijsmateriaal bijeen had doen brengen waardoor – volgens het hof – ACN en Joldersma ‘onmiskienbaar in een bewijsrechtelijke achterstandsituatie zijn geraakt’.

Bij dit alles dient overigens de vraag te worden gesteld wat de betekenis is van een en ander in het licht van de aanname dat – zie de inleiding van deze bijdrage – tijdsverloop in de regel hoe dan ook tot verzwakking van bewijsposities zal leiden. Wanneer bewijsverzwakking inherent is aan tijdsverloop zou rechtsverwerking op deze grond qua resultaat immers de facto veelal toch weer neerkomen op inkorting van verjaringstermijnen. Om die reden lijkt het dan ook niet onverdedigbaar om voor rechtsverwerking te eisen dat *naast* bewijsnadeel nog bijkomende omstandigheden zijn vereist die deze sanctie mede rechtvaardigen. Daarbij valt met name te denken aan de aanwezigheid van de andere grondslag waarop literatuur en rechtspraak rechtsverwerking baseren: het door de schuldeiser opgewekte en te rechtvaardigen vertrouwen dat een recht niet (meer) bestaat, dan wel dat hij zich daarop niet (meer) zal beroepen.<sup>25</sup>

24. In het kader van de afwikkeling van de schade met de WAM-verzekeraar van Joldersma, had eveneens een gerechtelijke procedure plaatsgevonden. In dat verband had het echtpaar bijvoorbeeld reeds jaren de beschikking over een rapport van schadebureau Pals.
25. Valk, a.w., p. 19 e.v. en Tjittes, a.w., nr. 19. Valk (p. 77 e.v. en p. 172) ziet overigens ook enige ruimte voor rechtsverwerking op grond van enkel tijdsverloop voor zover het ontbreken van een – in verband met de betrokken belangen aangewezen – bijzondere (korte) verjaringstermijn het duidelijke gevolg is van falen van de wetgever.

In de richting van bijkomende omstandigheden gaat ook het gememoreerde arrest inzake *Schotanus/Bedrijfsvereniging* uit 1986, terwijl ook de uitspraak in *Beelen/ACN en Joldersma* wel enige steun aan deze gedachte biedt.<sup>26</sup> Ook in de andere in deze bijdrage behandelde uitspraken zijn naast bewijsnadeel veelal bijkomende omstandigheden aanwezig waarop het oordeel van de feitenrechter, dat er sprake is van rechtsverwerking, mede is gegrond. Onjuist lijkt echter, zoals de opsteller van het cassatiemiddel in de zaak *Beelen/ACN en Joldersma*,<sup>27</sup> de eis van bijkomende omstandigheden onverkort af te leiden uit het arrest van HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708 (*Bankmanager*). Daarin oordeelde de Hoge Raad slechts dat het in het algemeen niet juist is dat van rechtsverwerking alleen sprake kan zijn indien de schuldenaar door de houding van de schuldeiser in een nadelige positie is komen te verkeren. Dit nadeel dient volgens de Hoge Raad wel met de andere omstandigheden te worden meegewogen.<sup>28</sup>

#### 4. DE INVLOED VAN TIJDSVERLOOP OP STELPLICHT EN BEWIJSLASTVERDELING

Door Tjittes<sup>29</sup> is betoogd dat (volledige) rechtsverwerking onder omstandigheden een te ver gaande sanctie kan zijn op het stilzitten van de schuldeiser. De sanctie op stilzitten dient – mede gelet op de grondslag van rechtsverwerking (de redelijkheid en billijkheid) – in een juiste verhouding te staan tot de daardoor voor de wederpartij ontstane, concrete gevolgen. Zijn gedachten gaan daarbij vooral uit naar gevolgen ‘in de sfeer van de *stelplicht en de bewijslastverdeling*’. Deze zienswijze is bijvoorbeeld ook terug te vinden bij Scholten,<sup>30</sup> die terloops opmerkt dat het wellicht beter ware hierbij niet van rechtsverwerking

26. In r.o. 3.3.4 en 3.3.5 oordeelde de Hoge Raad, kennelijk mede als reactie op een beroep op de regel uit *Schotanus/Bedrijfsvereniging*, dat het Hof geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de honorering van het beroep op rechtsverwerking vooral betekenis toe te hebben gekend aan het ontstane nadeel voor wat betreft de bewijspositie, maar daarnaast ook aan het feit dat ACN en Joldersma de mogelijkheid was ontnomen om op de financiële gevolgen van de verschuldigde schadevergoeding te anticiperen.

27. Zie de toelichting op middelonderdeel A onder (4) daarvan.

28. Zoals Valk, a.w., p. 145 e.v., opmerkt, is dit criterium inderdaad ‘rijkelijk vaag’.

29. Tjittes, a.w., nr. 22.

30. Zie zijn noot onder het *Pekingenden*-arrest.

te spreken. Ook bijvoorbeeld Smits<sup>31</sup> meent dat, vanuit het perspectief van art. 6 EVRM, omkering van de bewijslast geïndiceerd kan zijn in gevallen waarin een procespartij door vertragingen van zijn wederpartij in bewijsnood is geraakt. Door Valk<sup>32</sup> wordt weliswaar betwist dat ook dergelijke rechtsgevolgen kunnen zijn aangewezen, doch hij doet zulks niet op geheel overtuigende wijze, namelijk toegespitst op een situatie waarin het leveren van tegenbewijs illusoir was geworden, doordat de zaken waarvan het gebrek moest worden aangetoond, inmiddels niet meer voor onderzoek beschikbaar waren.

Ook in de rechtspraak heeft een en ander enige ingang gevonden. Naast de door Valk<sup>33</sup> aangeduide uitspraken waarin een beroep op rechtsverwerking werd afgewezen op grond van de omstandigheid dat de bewijslast toch reeds volledig op de rechthebbende rustte en de door hem eveneens vermelde uitspraak van Rb Maastricht 22 april 1954, *NJ* 1955, 214, valt bijvoorbeeld te wijzen op HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (*Lekkende kruik II*) en het eveneens reeds besproken arrest inzake *Derksen/Hoffmans* (HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 153).

In de zaak die leidde tot het bekende arrest uit 1993 stelde het slachtoffer 24 jaar na dato de (werkgeefster van de) kraamverzorgster aansprakelijk op grond van het feit dat zij gebruik had gemaakt van een ander type kruik dan volgens de instructies was voorgeschreven en waardoor zij zeer ernstige brandwonden had opgelopen. De Hoge Raad was van oordeel dat het lange tijdsverloop niet kon wettigen dat de werkgeefster niet meer gehouden zou zijn om te stellen en zonodig te bewijzen dat daarvoor destijds klemmende redenen hadden bestaan en dat daarbij destijds alle redelijkerwijs te nemen voorzorgsmaatregelen in acht waren genomen, doch voegde daaraan toe:

‘Wèl valt na verwijzing met deze omstandigheid rekening te houden bij de beoordeling van de vraag in hoeverre de Stichting aan haar uit het voorgaande voortvloeiende stelsel plicht en bewijslast heeft voldaan.’

In *Derksen/Hoffmans* had het hof, in het kader van zijn honorering van

31. P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Zwolle 1996, p. 239.

32. Valk, a.w., p. 68-69.

33. Valk, a.w., p. 68-69, onder verwijzing naar Hof Amsterdam 24 mei 1984 (kenbaar uit HR 28 februari 1986, *NJ* 1986, 402) en Hof Leeuwarden 10 oktober 1984 (kenbaar uit HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317).

het beroep op rechtsverwerking, onder meer betekenis toegekend aan de omstandigheid dat 'ook bewijsmateriaal hoegenaamd niet meer te achterhalen is'. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel betoogde dat deze overweging was gebaseerd op een (niet toegestane)<sup>34</sup> prognose omtrent het resultaat van eventuele bewijslevering. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof kennelijk (en blijkbaar terecht) heeft gemeend dat het – na gehouden comparitie<sup>35</sup> – op de weg van Derksen had gelegen om na te gaan of er inderdaad nog personen waren die iets over het ongeval konden verklaren en het hof ook vrijstond rechtsverwerking aan de zijde van Derksen mede te baseren op het feit dat zij niet in staat is geweest meer concrete gegevens aan te dragen. Evenmin onjuist of onbegrijpelijk achtte de Hoge Raad dat het hof in dit verband geen betekenis had gehecht aan de beschikbaarheid van Derksens moeder als getuige, zulks *omdat het ging om de bewijspositie van Hoffmans* en Hoffmans zijn beroep op bewijsnood in het bijzonder had gebaseerd op de stelling dat er door het tijdsverloop geen personen meer bij de marechaussee of de politie aanwezig waren die over het ongeval zouden kunnen verklaren (bedenk daarbij dat de bewijslast – van overmacht – op grond van de jurisprudentie bij destijds art. 31 WVV in beginsel bij Hoffmans rustte).<sup>36</sup>

34. Zie HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 508. Zie in dit verband ook HR 13 februari 1998, *NJ* 1999, 560 waarin een whiplashslachtoffer 18 jaar na het ongeval een vordering tot schadevergoeding instelt tegen de psycholoog die destijds zijn trauma niet zou hebben onderkend. De Hoge Raad geeft aan dat bij de beslissing om niet *ambtshalve* een getuigenverhoor te bevelen, wel betekenis mag worden toegekend aan de prognose omtrent het resultaat daarvan.
35. Ter gelegenheid van de comparitie had Derksen verklaard dat haar moeder nog leefde en eventueel zou kunnen getuigen en dat ook een politieagent, van wie de naam bekend was, iets van het ongeval zou kunnen weten, maar dat zijn woonplaats nog niet was achterhaald.
36. Interessant, doch in verband met de beoogde omvang van deze bijdrage niet voor uitgebreide beschouwingen in aanmerking komend, is de problematiek van de zogenaamde 'terugwerkende kracht' van rechterlijke uitspraken. De daarmee verbonden vraag is die naar de invloed van rechterlijke uitspraken op de bewijspositie(s) van partijen in situaties waarin, op grond van gewijzigde inzichten in de jurisprudentie, achteraf blijkt dat het recht anders luidt of de stelplicht en bewijslast anders zijn komen te liggen dan ten tijde van de relevante gebeurtenis het geval was. Aannemelijk is dat in dergelijke gevallen in de regel wel geen sprake zal zijn van enig door de wederpartij opgewekt vertrouwen. Zie omtrent de problematiek onder meer W. Alexander, *Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken*, in: *RM Themis* 5/6 (1986), Themanummer Recht en tijd,



Blijkt uit het voorgaande dat 'bij de waardering van bewijslast en bewijs'<sup>37</sup> in aanmerking kan worden genomen dat een lange tijdsduur is verstreken en dat daarvan met name ook ten aanzien van de stelplicht invloed kan uitgaan,<sup>38</sup> in hoeverre omkering van de bewijslast als rechtsgevolg in aanmerking kan komen blijkt hieruit niet zonneklaar. Omkering van bewijslast tengevolge van het laten verstrijken van een lange tijdsduur is weliswaar, mede geredeneerd vanuit het feit dat dit minder verstrekkend is dan rechtsverwerking, heel wel verdedigbaar, doch daarbij dient bedacht dat het om andere redenen weer minder voor de hand ligt. Het zal immers vanuit de aard der zaak veelal de gedaagde zijn die zich op rechtsverwerking beroept vanwege de lange tijdsduur die eiser heeft laten verstrijken om zijn aanspraken te effectueren. Omkering van de bewijslast ligt in dergelijke gevallen niet voor de hand, omdat het juist veelal reeds de eiser zal zijn op wie conform de hoofdregel van art. 177 Rv de bewijslast rust.<sup>39</sup> Wanneer dit rechtsgevolg in beginsel wel in aanmerking lijkt te kunnen komen, lijkt het slechts zinvol en aangewezen dit te reserveren voor gevallen waarin die bewijslevering, alsmede het leveren van tegenbewijs, feitelijk niet op al te grote bezwaren stuit. Veel ruimte lijkt daarvoor niet te bestaan, omdat in dergelijke situaties natuurlijk onmiddellijk de vraag

p. 492-502 en – recent – O.A. Haazen, Terugwerkende kracht in beweging?, *WPNR* 98/6337, p. 748-749.

37. Aldus A-G Bloembergen in zijn conclusie (onder 5.2 daarvan) bij HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720.
38. Zie ook de beschouwingen omtrent de stelplicht hiervoor. Ook valt te wijzen op de uitspraak van HR 26 september 1997, *NJ* 1998, 20 waarin een whiplashslachtoffer pas na geruime tijd een vordering in rechte instelt en de Hoge Raad oordeelde dat het hof hem terecht niet had toegelaten tot het bewijs van zijn stelling dat hij zijn bezwaren handhaafde en wilde vervolgen (als grief tegen het door de rechtbank gehonoreerde beroep op rechtsverwerking) nu hij daartoe niet zodanige feiten en omstandigheden had gesteld dat, zouden deze komen vast te staan, het beroep op rechtsverwerking deswege geen doel zou kunnen treffen. Zie eveneens HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 508, waarin werd geoordeeld dat een whiplashslachtoffer – na 18 jaren – een te weinig gespecificeerd bewijsaanbod had gedaan om hem toe te laten tot het bewijs van zijn stelling dat de handelwijze c.q. rapportage van de toenmalige psycholoog niet voldoet aan de eisen die daaraan konden worden gesteld.
39. Onder omstandigheden kan dit uiteraard anders zijn en zou, in gevallen waarin volgens de regels van bewijsrecht de bewijslast op gedaagde zou rusten (denk aan het beroep op een rechtvaardigingsgrond), bewijslastomkering uitkomst kunnen bieden.

rijst op grond waarvan bewijslastverdeling dan eigenlijk is aangewezen.<sup>40</sup>

##### 5. TEN SLOTTE: DE INVLOED VAN TIJDSVERLOOP OP DE BEWIJSWAARDERING

Een laatste te bespreken onderwerp is de vraag naar de invloed van tijdsverloop op de bewijswaardering. Vooropgesteld dient te worden dat van enige 'formele' invloed op de bewijswaardering geen sprake lijkt te kunnen zijn: de rechter is immers in beginsel vrij om bij de bewijswaardering met alle omstandigheden rekening te houden.<sup>41</sup> Dit laat onverlet dat in de praktijk de feitelijke invloed van tijdsverloop uiteraard beduidend kan zijn. Daarbij zal echter waarschijnlijk de aard van het betreffende bewijsmiddel een prominente rol toekomen en zal aan de factor tijdsverloop door de rechter met name bij getuigenbewijs betekenis worden gehecht. Die betekenis zal veelal geen andere kunnen zijn dan die dat de betrouwbaarheid van afgelegde verklaringen door tijdsverloop heeft ingeboet. In mindere mate zal dit ook kunnen gelden voor gerechtelijke plaatsopnemingen e.d. en deskundigenberichten welke na langere tijd hebben plaatsgevonden. In feite betreedt men hier echter het terrein van de (rechts)psychologie.<sup>42</sup> Bij dit alles zal wederom als regel moeten worden aangenomen dat de (on)betrouwbaarheid van te leveren bewijs vanwege het verstreken tijdsverloop niet bij voorbaat redengevend mag zijn om het bewijsaanbod te passeren. Dit werd door de Hoge Raad met zoveel woorden beslist in bijvoorbeeld zijn uitspraken van HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 608 en HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 666. De laatste zaak betrof een kort geding ingesteld door een slachtoffer van incest, waarbij aan

40. Een en ander laat uiteraard onverlet dat de rechter, bijvoorbeeld door 'vermoedensbewijs', de bewijslast 'omkeert' middels de redenering dat de juistheid van bepaalde stellingen op voorhand aannemelijk wordt geacht. Van omkering van bewijslast is in dergelijke gevallen strikt genomen echter geen enkele sprake. In HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 85 oordeelde de Hoge Raad overigens dat bewijsnood op zichzelf onvoldoende grond biedt voor omkering van de bewijslast.

41. Dit vormde ook het uitgangspunt bij het nieuwe artikel 179 Rv.

42. Zie hierover bijvoorbeeld W.A. Wagenaar, *Het herkennen van Iwan, De identificatie van de dader door ooggetuigen van een misdrijf*, Amsterdam/Lisse 1989. Zie voor (strafrechtelijke) rechtspraak bijvoorbeeld HR 17 maart 1998, *NJ* 1998, 798 (verklaringen afgelegd onder hypnose) en Rb Maastricht 20 mei 1983, *NJ* 1983, 624 (herinneringen aan oorlogsmisdrijven ten tijde van WO II).

de Hoge Raad de vraag werd voorgelegd of het hof (in kort geding) had mogen oordelen dat – nu behalve de verklaring van het slachtoffer slechts rapporten van behandelaars en deskundigen beschikbaar waren die louter berustten op uitlatingen van haar zelf – reeds daardoor voorshands aannemelijk was dat de bodemrechter niet tot de vaststelling van misbruik zou geraken.<sup>43</sup> Volgens de Hoge Raad was het hier-tegen gerichte cassatiemiddel terecht opgeworpen.

43. Het tijdsverloop speelt in zoverre een rol, aldus ook het cassatiemiddel, dat ander ondersteunend bewijs daardoor in incestzaken veelal zal ontbreken.

# Beschikken in het heden met het oog op de toekomst

DOGMATIEK OF GEBAKKEN LUCHT?

*N.E.D. Faber\**

## 1. INLEIDING

Op het terrein van het Nederlandse goederenrecht is nauwelijks een onderwerp te vinden waarover in de literatuur zoveel discussie heeft bestaan als over het dogmatisch fundament van de levering van toekomstige goederen. Dat die discussie met de nodige verwarring gepaard is gegaan, zal weinigen verbazen. Met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is de discussie allengs verstomd en is de verwarring goeddeels verdwenen. Onlangs is die discussie echter nieuw leven ingeblazen door Van Swaaij.<sup>1</sup> Volgens deze auteur heeft de overdracht twee verschijningsvormen: de overdracht waarbij levering en rechtsovergang in tijd samenvallen en de overdracht waarbij levering en rechtsovergang in de tijd uiteenlopen. Tot deze laatste verschijningsvorm behoren – zo stelt Van Swaaij – de levering bij voorbaat van toekomstige goederen en de overdracht onder opschortende respectievelijk ontbindende voorwaarde.<sup>2</sup> Deze rechtsfiguren worden door Van Swaaij aangeduid als ‘leveringen met uitgestelde rechtsovergang’ of ‘beschikkingen met temporele scheiding’. Dat het riskant is, deze aan elkaar verwante, maar niettemin van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren – wat hun juridische basis betreft – over één kam te scheren, heeft Van Swaaij uit het oog

\* Mr. N.E.D. Faber is directeur van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de KU Nijmegen.

1. Zie J.H.M. van Swaaij, Beschikken en rechtsovergang, De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging, diss. Groningen, Deventer 2000.
2. De overdracht onder ontbindende voorwaarde heet bij Van Swaaij overigens ‘levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging’ en ‘levering met uitgestelde retro-rechtsovergang’. *Lucernam olet* (Erasmus, naar Demosthenes).

verloren. In het bijzonder op het terrein van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen brengt dit hem tot een ongerijmd resultaat.

Hieronder besteed ik allereerst aandacht aan de vraag hoe de in art. 3:84 lid 1 BW genoemde vereisten voor overdracht zich tot elkaar verhouden (§ 2). Vervolgens komen in het kort de verschillende benaderingen van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen aan de orde, die men in de literatuur aantreft (§ 3). Slechts één benadering kan – zo zal blijken – de confrontatie met het goederenrechtelijke systeem van overdracht en levering doorstaan. Ten slotte geef ik aan waarin de levering bij voorbaat van een toekomstig goed verschilt van een overdracht onder opschortende voorwaarde van een tegenwoordig goed (§ 4).

## 2. OVERDRACHT IS MEER DAN DE SOM DER DELEN

Voor de overdracht van een goed is ingevolge art. 3:84 lid 1 BW vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. Het uitgangspunt van art. 3:84 lid 1 BW is dat de genoemde vereisten – een geldige titel van overdracht, beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder en een geldige levering – als *zelfstandige* vereisten voor overdracht dienen te worden beschouwd. Deze zelfstandigheid brengt met zich dat voor de geldigheid van de *levering* niet is vereist dat de titel die aan de overdracht ten grondslag ligt, geldig is, of dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is. Voor de geldigheid van de *levering* is niet méér vereist dan een tussen de vervreemder en de verkrijger gesloten ‘goederenrechtelijke’ overeenkomst en de vervulling van de voor de levering van het betreffende goed voorgeschreven formaliteiten.

De zelfstandigheid van de vereisten voor overdracht dient niet te worden verabsoluteerd.<sup>3</sup> De overdracht blijft uit, indien de vereisten niet in de juiste volgorde worden vervuld.<sup>4</sup> Dit wordt tot uitdrukking gebracht door middel van de woorden *krachtens* en *verricht door* in art. 3:84 lid 1 BW. De titel op basis waarvan de levering geschiedt, dient op het moment waarop de levering wordt voltooid (lees: haar werking verkrijgt), te bestaan en geldig te zijn, en de vervreemder

3. Zie N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 7, Deventer 1997, p. 180-183.

4. Onder het oude recht gold ingevolge art. 639 BW (oud) hetzelfde.

dient op dat moment bevoegd te zijn over het te vervreemden goed te beschikken. Een levering die niet krachtens geldige titel of niet door een beschikkingsbevoegde wordt verricht, is als levering weliswaar *geldig*, maar is als rechtshandeling die de overdracht moet bewerkstelligen, *krachteloos*. Voor alle duidelijkheid: dit betekent niet dat die levering geen enkel rechtsgevolg heeft. Zo kan door de levering *sec* het bezit van een roerende zaak aan de verkrijger zijn verschaft. Dit rechtsgevolg van de levering – het aan de verkrijger verschaft bezit – dient echter te worden onderscheiden van het rechtsgevolg van een ‘levering krachtens geldige titel, verricht door een beschikkingsbevoegde’. Dit laatste rechtsgevolg – de bewerkstelligde rechtsovergang – kennen wij onder de naam *overdracht*.

### 3. LEVERING VAN TOEKOMSTIGE GOEDEREN

Ingevolge art. 3:97 BW kunnen toekomstige goederen *bij voorbaat* worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen zijn. Krachtens de schakelbepaling van art. 3:98 BW geldt voor de *vestiging bij voorbaat* van beperkte rechten op toekomstige goederen hetzelfde.

Met de uitdrukking ‘levering bij voorbaat’ wordt bedoeld op een levering die *nu voor alsdan* plaatsvindt: de leveringshandeling wordt bij voorbaat verricht met de bedoeling dat, zodra de vervreemder het goed verkrijgt, dit goed zonder nadere handeling en zonder dat de vervreemder zich door middel van een tussentijdse wilswijziging hiertegen nog kan verzetten, tot het vermogen van de verkrijger gaat behoren. Hoe kan een dergelijke in de toekomst automatisch te bewerkstelligen rechtsovergang dogmatisch worden verklaard? Verschillende benaderingen van de levering van toekomstige goederen treft men in de literatuur aan.<sup>5</sup> Zo wordt wel verdedigd dat de levering van een toekomstig goed *onvoorwaardelijk* geschiedt ‘in afwachting van’ beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Deze opvatting komt mijns inziens, hoezeer de auteurs die haar aanhangen ook van een *onvoorwaardelijke* levering spreken, in wezen op hetzelfde neer als een andere in de literatuur verdedigde opvatting, te weten die van een levering onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder

5. Vgl. hierover meer uitvoerig N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, a.w., p. 183-202, in het bijzonder p. 185-196.

het betreffende goed verkrijgt. Laatstgenoemde benadering is mijns inziens de juiste. Het aan art. 3:84 lid 1 BW ten grondslag liggende systeem van overdracht en levering brengt het voorwaardelijke karakter van de bij voorbaat verrichte levering met zich. Hieraan kunnen de art. 3:95, 3:97 en 3:110 BW – anders dan in de literatuur wel is betoogd – niets afdoen.

Het wettelijke systeem brengt met zich dat de levering bij voorbaat van toekomstige goederen op dezelfde wijze dient te geschieden als de levering van *tegenwoordige* goederen. Het enige verschil is dat de levering van het toekomstige goed onder opschortende voorwaarde plaatsvindt. Voor roerende zaken, niet-registergoederen, brengt dit met zich dat art. 3:90 lid 1 BW het toepasselijke leveringsvoorschrift is. Daaraan staat niet in de weg dat art. 3:90 lid 1 BW spreekt over zaken ‘die in de macht van de vervreemder zijn’, hetgeen met betrekking tot toekomstige zaken in de regel niet het geval zal zijn.<sup>6</sup> Op het beslissende moment – het tijdstip waarop de levering effect sorteert, dat wil zeggen het moment waarop de opschortende voorwaarde wordt vervuld – komt aan de vervreemder de in art. 3:90 lid 1 BW genoemde macht over de zaak toe.<sup>7</sup> Aan de toepasselijkheid van art. 3:90 lid 1 BW op de levering bij voorbaat van toekomstige roerende zaken, niet-registergoederen, staat evenmin in de weg dat de levering dient te geschieden ‘door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen’. Weliswaar *kan* men niet het bezit verschaffen van iets wat er nog niet is (in geval van een absoluut toekomstige zaak), c.q. *wil* men nog niet het bezit verschaffen van iets wat vooralsnog aan een ander toebehoort (in geval van een relatief toekomstige zaak), op het beslissende moment wordt aan het voorschrift van art. 3:90 lid 1 BW voldaan. Op het moment waarop de levering effect sorteert, gaat het bezit van de zaak (via het vermogen van de vervreemder) over op de

6. Met betrekking tot *relatief* toekomstige zaken kan dat anders zijn.
7. De term ‘macht’ wordt gebezigd in de betekenis van het rechtstreeks of via een derde ter beschikking hebben van de zaak, zodanig dat het mogelijk is een ander het bezit daarvan te verschaffen, doch onverschillig of van de kant van de vervreemder enig recht op de zaak bestaat. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 384 en 389, alsmede Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 96. Zowel wanneer de vervreemder bezitter is, als wanneer hij houder is, beide zowel middellijk als onmiddellijk, heeft hij de zaak in zijn macht in de hiervóór bedoelde zin, en kan hij leveren door middel van bezitsverschaffing. Vgl. ook het begrip ‘macht’ in de art. 3:91, 3:92 lid 1 en 7:9 lid 3 BW.

verkrijger.

De toepasselijkheid van art. 3:90 lid 1 BW op de levering bij voorbaat van toekomstige roerende zaken, niet-registergoederen, sluit de toepasselijkheid van het leveringsvoorschrift van art. 3:95 BW uit. Dit artikel is te beschouwen als een restbepaling en komt eerst voor toepassing in aanmerking, indien een ander leveringsvoorschrift ontbreekt.<sup>8</sup>

Ook art. 3:97 BW kan aan het voorwaardelijke karakter van de bij voorbaat verrichte levering niets afdoen. Dit artikel houdt geen leveringsvoorschrift in.<sup>9</sup> Het artikel geeft slechts aan *dat* binnen bepaalde grenzen de levering bij voorbaat kan geschieden, maar geeft niet aan *hoe* een dergelijke levering dient plaats te vinden, noch dat die levering *onvoorwaardelijk* zou kunnen geschieden.<sup>10</sup>

Brengt art. 3:110 BW dan wellicht uitkomst? Door sommige schrijvers is op dit artikel een beroep gedaan om bij de levering van toekomstige roerende zaken, niet-registergoederen, de uiteindelijke bezitsverkrijging te verklaren.<sup>11</sup> Ook in de parlementaire geschiedenis van Boek 3 BW komen in dit verband verwijzingen naar art. 3:110 BW voor.<sup>12</sup> Reeds verscheidene malen is er in de literatuur op gewezen dat art. 3:110 BW met de levering van toekomstige goederen niets van doen heeft. Art. 3:110 BW kan noch ter verklaring van de *eigendoms*verkrijging van bij voorbaat geleverde roerende zaken, niet-registergoederen, worden gehanteerd, noch ter verklaring van de *bezits*verkrijging van die zaken.<sup>13</sup> De bij voorbaat geleverde zaken

8. Slechts in één geval is er - voorzover het roerende zaken betreft - een rol voor art. 3:95 BW weggelegd, namelijk wanneer het gaat om toekomstige roerende zaken, niet-registergoederen, die ook als *tegenwoordige* zaken overeenkomstig art. 3:95 BW zouden moeten worden geleverd. Men denke aan een gestolen auto die door de verzekeringsmaatschappij reeds in anticipatie op de van de rechthebbende te verkrijgen eigendom (als relatief toekomstige zaak) wordt verkocht en geleverd aan een derde. In dit uitzonderlijke geval vindt de levering *voorwaardelijk* plaats overeenkomstig art. 3:95 BW.
9. Uit de tekst van art. 3:95 BW valt dit reeds af te leiden.
10. Vgl. hierover N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, a.w., p. 193. In andere zin S.C.J.J. Kortmann, RM Themis 1993, p. 100.
11. Zie voor een overzicht van voor- en tegenstanders van deze benadering N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, a.w., p. 194-195.
12. Vgl. onder meer Parl. Gesch. Boek 3, p. 382 en 401, alsmede Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1250-1251.
13. Zie over de betekenis van art. 3:110 BW (met vermelding van verdere literatuur en



passeren het vermogen van de vervreemder en het bezit van de zaken gaat – bij de vervulling van de opschortende voorwaarde – *krachtens levering* (art. 3:90 lid 1 BW) en niet door de werking van art. 3:110 BW van de vervreemder op de verkrijger over. Hieruit volgt dat ook de eigendom van de zaken op de normale wijze van de vervreemder op de verkrijger overgaat, dat wil zeggen geheel conform het bepaalde in art. 3:84 lid 1 BW.

Naast de beide reeds besproken benaderingen van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen mag een derde benadering hier niet onvermeld blijven. Van Swaaij heeft in zijn dissertatie een poging gedaan de levering van een toekomstig goed op dezelfde wijze te verklaren als een overdracht onder eigendomsvoorbehoud. Zo schrijft Van Swaaij:<sup>14</sup>

‘De overdracht van een toekomstig goed en de overdracht onder eigendomsvoorbehoud zijn *species* van hetzelfde genus: er is scheiding in tijd tussen het tijdstip van de overdracht (...) en het moment waarop de rechtsovergang plaatsvindt. De opschortende voorwaarde bestaat niet in de verkrijging van beschikkingsbevoegdheid, omdat men bevoegd is om alvast te beschikken over de bestanddelen van het eigen toekomstige vermogen, doch enkel in de verkrijging van het goed waarover men beschikt; het gaat om een opschortende voorwaarde van toebehoren.’

De overdracht vindt – zo meent Van Swaaij – in de beide door hem genoemde gevallen onder opschortende voorwaarde plaats; de levering zou in beide gevallen *onvoorwaardelijk* geschieden en *niet* in afwachting van beschikkingsbevoegdheid.<sup>15</sup> Van Swaaij betoogt dat de vervreemder van een goed dat nog (absoluut of relatief) toekomstig is, reeds beschikkingsbevoegd is met betrekking tot dat ‘goed’ (en wel beschikkingsbevoegd in de zin van art. 3:84 lid 1 BW).<sup>16</sup> Ten onrechte maakt Van Swaaij geen onderscheid tussen de *levering bij voorbaat* van een *toekomstig* goed en de *overdracht onder opschortende voorwaarde* van een *tegenwoordig* goed. Het is om die reden, dat Van Swaaij de betekenis van de art. 23 en 35 Fw niet kan doorgronden. Van Swaaij schrijft, niet te begrijpen waarom in het eerste geval – de levering bij voorbaat van een toekomstig goed – een tussentijds

jurisprudentie) N.E.D. Faber, in: *Vertrouwd met de Trust*, Serie Onderneming en Recht, deel 5, Deventer 1996, p. 213-214 en 237-240.

14. Zie Van Swaaij, diss., p. 122, alsmede p. 145-153.

15. Zie Van Swaaij, diss., p. 112. Vgl. ook Van Swaaij, diss., p. 122-123 en 145-153.

16. Zie Van Swaaij, diss., p. 146.

faillissement van de vervreemder aan de rechtsovergang in de weg staat, en in het laatste geval – een overdracht onder eigendomsvoorbehoud van een tegenwoordig goed – niet.<sup>17</sup> Volgens Van Swaaij staat *art. 23 Fw* in geen van de beide door hem genoemde gevallen aan een overdracht in de weg, indien de levering reeds vóór het faillissement van de vervreemder heeft plaatsgevonden en de opschortende voorwaarde waaronder is overgedragen, eerst na datum faillissement wordt vervuld. Van Swaaij meent dat de vervreemder van een (absoluut of relatief) toekomstig goed op het moment waarop hij bij voorbaat levert, beschikkingsbevoegd is en dat dit voor het bewerkstelligen van een overdracht (in de toekomst) voldoende is. Het is in zijn ogen niet nodig dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is ten tijde van de vervulling van de opschortende voorwaarde. Met betrekking tot de levering van toekomstige goederen zou slechts uit *art. 35 lid 2 Fw* voortvloeien dat deze goederen, wanneer zij door de vervreemder na zijn faillietverklaring worden verkregen, in diens failliete boedel vallen en niet overgaan in het vermogen van de verkrijger.

De gedachtegang van Van Swaaij is op zichzelf consequent, maar daarmee niet minder onjuist. Zou de vervreemder een nog niet bestaand (absoluut toekomstig) goed *onvoorwaardelijk* leveren, dan mist die handeling iedere goederenrechtelijke betekenis. Goederenrechtelijke handelingen zijn immers slechts (onvoorwaardelijk) mogelijk met betrekking tot *goederen*; een absoluut toekomstig goed is geen goed, maar wordt dat hooguit in de toekomst. Een onvoorwaardelijke levering van een absoluut toekomstig goed is zinledig. Bij een relatief toekomstig goed is dat anders. Een *onvoorwaardelijke* levering van een relatief toekomstig goed is feitelijk niet onmogelijk, maar zal uiteindelijk geen overdracht kunnen bewerkstelligen, althans niet op de normale in art. 3:84 lid 1 BW voorziene wijze. Wil men dat resultaat toch, dan moet ook met betrekking tot relatief toekomstige goederen de levering onder opschortende voorwaarde geschieden. Gebeurt dat niet, dan kan de verkrijger hooguit op grond van een bepaling van derdenbescherming of op grond van art. 3:58 BW rechthebbende van het goed worden.<sup>18</sup>

17. Zie Van Swaaij, diss., p. 226-242, in het bijzonder p. 228-230.

18. Zie voor het toepassingsbereik van de art. 3:58, 3:86 en 3:97 BW N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, a.w., p. 191-192.

Van Swaaij concentreert zich geheel op de vraag of de vervreemder met betrekking tot een toekomstig goed reeds beschikkingsbevoegd is als bedoeld in art. 3:84 lid 1 BW. Hij verliest uit het oog dat aan deze vraag een andere voorafgaat: wat is de betekenis van een onvoorwaardelijke levering van een toekomstig goed? Het antwoord op die vraag heb ik hiervóór reeds gegeven.

Hoe staat het dan met de art. 23 en 35 lid 2 Fw? Voor de levering bij voorbaat van een toekomstig goed volgt reeds uit art. 3:84 lid 1 BW in samenhang met art. 23 Fw dat een faillissement van de vervreemder dat wordt uitgesproken nadat de levering bij voorbaat heeft plaatsgevonden, aan overdracht in de weg staat, indien de opschortende voorwaarde eerst na datum faillissement wordt vervuld. Art. 35 lid 2 Fw heeft men als verklaring hiervoor niet nodig.<sup>19</sup> Iemand die bij voorbaat een toekomstig goed vervreemdt, is op het moment waarop hij en zijn wederpartij de leveringshandeling (bij voorbaat) verrichten, niet beschikkingsbevoegdheid. Er kan weliswaar bij voorbaat worden geleverd, maar vanwege het feit dat een *onvoorwaardelijke* goederenrechtelijke handeling slechts met betrekking tot *tegenwoordige* goederen tot het gewenste resultaat kan leiden, moet de werking van de levering worden opgeschort tot het moment waarop de vervreemder het betreffende goed verkrijgt. Eerst dan kan aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BW, met inbegrip van een geldige levering en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, worden voldaan. Tot het moment waarop de aan de levering verbonden opschortende voorwaarde in vervulling gaat, heeft de verkrijger niet meer dan een obligatoire aanspraak jegens de vervreemder.

#### 4. LEVERING BIJ VOORBAAT OF OVERDRACHT ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE?

Kort gezegd kan over de levering bij voorbaat van een *toekomstig* goed en de overdracht onder opschortende voorwaarde van een *tegenwoordig* goed het volgende worden opgemerkt. Deze rechtsfiguren hebben met elkaar gemeen dat zij bij de vervulling van de

19. Het bestaan van het artikellid wordt gerechtvaardigd door de woorden die volgen op het woord 'tenzij'. Daarnaast zou men kunnen betogen dat het hier een belangrijke materie betreft, waaromtrent een regeling in een (moderne) Faillissementswet niet zou mogen ontbreken.

opschortende voorwaarde een automatische rechtsovergang kunnen bewerkstelligen. Nieuwe rechtshandelingen van partijen zijn bij de vervulling van de opschortende voorwaarde niet meer vereist. Voorts is de wil van de vervreemder bij de vervulling van de opschortende voorwaarde niet meer van belang. De voor de 'goederenrechtelijke' overeenkomst als onderdeel van de levering benodigde wilsverklaringen zijn door de vervreemder en de verkrijger reeds afgelegd op een eerder tijdstip en hierop kan niet eenzijdig door één der partijen worden teruggekomen.

Behalve overeenkomsten bestaan er ook verschillen tussen de genoemde rechtsfiguren:

\* Op het moment waarop een toekomstig goed bij voorbaat wordt geleverd, kan nog niet aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BW worden voldaan. De vervreemder is nog niet in staat het toekomstige goed onvoorwaardelijk te leveren en mist nog beschikkingsbevoegdheid. Om die reden wordt de werking van de levering door partijen opgeschort tot het moment waarop de vervreemder het voorsnog toekomstige goed verkrijgt, het moment waarop wél aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BW kan worden voldaan. Voor de uiteindelijke rechtsovergang is vereist, maar ook voldoende, dat die vereisten op dit laatste moment alle worden vervuld. Ontbreekt een geldige titel of een geldig levering of is de vervreemder niet beschikkingsbevoegd, dan blijft de overdracht uit.

\* In geval van een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt terstond aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BW voldaan, maar wordt de rechtsovergang krachtens partijbedoeling van de vervulling van een voorwaarde afhankelijk gesteld.<sup>20</sup> De *levering* geschiedt onvoorwaardelijk en wordt derhalve onmiddellijk voltooid.<sup>21</sup> Dit is ook nodig, nu de levering onmiddellijk haar (volledige) werking dient te verkrijgen, zodat het beoogde rechtsgevolg kan intreden: de overdracht onder opschortende voorwaarde. De verkrijger komt daarmee in een zodani-

20. De *onvoorwaardelijke* levering geschiedt ter uitvoering van een *onvoorwaardelijke* verbintenis, strekkende tot overdracht onder opschortende voorwaarde. Zie hierover N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, a.w., p. 202-215 en 220-221.

21. In geval van een roerende zaak, niet-registergoed, vindt deze levering (onvoorwaardelijk) plaats door middel van machtsverschaffing. Vgl. art. 3:91 BW. Zie hierover meer uitvoerig N.E.D. Faber, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, a.w., p. 205-209.

ge rechtspositie te verkeren, dat hij door de enkele vervulling van de voorwaarde rechthebbende van het betreffende goed wordt, zonder dat op dat moment (nog) aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BW behoefte te zijn voldaan. Beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder ten tijde van de vervulling van de opschortende voorwaarde is niet vereist. Evenmin is vereist dat de titel die aan de voorwaardelijke overdracht ten grondslag lag, bij de vervulling van de opschortende voorwaarde nog geldig is.<sup>22</sup> Hetzelfde geldt voor de levering. Ook deze behoefte, nu zij haar volledige werking reeds in het verleden heeft gehad, waardoor haar rol is uitgespeeld, niet meer geldig te zijn ten tijde van de vervulling van de opschortende voorwaarde. De verkrijger verwerft als gevolg van de overdracht onder opschortende voorwaarde meer dan een louter obligatoire aanspraak jegens de vervreemder. In bepaalde opzichten geniet de verkrijger reeds 'goederenrechtelijke bescherming'. Zo kan een tussentijds faillissement van de vervreemder, een tussentijds aan de vervreemder verleende surséance van betaling of een tussentijds ten aanzien van de vervreemder van toepassing verklaarde schuldsaneringsregeling niet verhinderen dat de verkrijger bij de vervulling van de opschortende voorwaarde volledig rechthebbende wordt en dat de vervreemder zijn recht verliest.<sup>23</sup> Ook kan een tussentijds ten laste van de vervreemder op het voorwaardelijk overgedragen goed gelegd beslag bij de vervulling van de voorwaarde niet aan de verkrijger worden tegengeworpen. Het beslag treft slechts het 'bedreigde' recht van de vervreemder. De overdracht onder opschortende voorwaarde leidt er bovendien toe dat een beroep op derdenbescherming door de verkrijger kan worden gedaan, indien hij te goeder trouw was op het moment waarop de levering werd voltooid. Niet relevant is of de verkrijger (nog) te goeder trouw is op het moment waarop de opschortende voorwaarde in vervulling gaat.

Een 'overdracht' onder de opschortende voorwaarde dat aan een

22. Indien de titel met terugwerkende kracht vervalt, komt aan de overdracht onder opschortende voorwaarde echter de basis te ontvallen. De vervreemder is volledig rechthebbende, de verkrijger heeft – achteraf bezien – geen recht met betrekking tot het goed verkregen.
23. In gelijke zin S.C.J.J. Kortmann, in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 208-209; Asser-Mijnssen *Zakenrecht III*, Zwolle 1994, nr. 420; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, Arnhem 1994, nrs. 125 en 964 en Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 1996, nr. 415. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237 e.v.

vereiste voor overdracht wordt voldaan, is een *contradictio in terminis*: dit is geen voorwaardelijke *overdracht*, maar een voorwaardelijke *levering*. De levering van een toekomstig goed is daarvan het prototype. De voorwaardelijke *overdracht* kan slechts betrekking hebben op *tegenwoordige* goederen, nu slechts met betrekking tot tegenwoordige goederen terstond aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BW kan worden voldaan.

Met het voorafgaande is niet gezegd dat de levering bij voorbaat van een toekomstig goed en de overdracht onder opschortende voorwaarde van een tegenwoordig goed elkaar volledig uitsluiten. Beide rechtsfiguren kunnen – hoe verschillend zij ook zijn – met elkaar worden gecombineerd. Er kan sprake zijn van twee *consecutieve* voorwaarden. Een voorwaardelijke levering kan worden gevolgd door een voorwaardelijke overdracht. Aan de hand van een voorbeeld zal ik trachten dit te verduidelijken.

Degene die in de toekomst een goed verwacht te verkrijgen, kan – binnen de grenzen van art. 3:97 lid 1 BW – reeds bij voorbaat een beschikkingshandeling met betrekking tot dat goed verrichten. De levering van het goed geschiedt dan onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder het goed verkrijgt. Wanneer de opschortende voorwaarde wordt vervuld, wordt (als op dat moment aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BW wordt voldaan) de rechtsovergang tussen de vervreemder en de verkrijger bewerkstelligd. Denkbaar is dat een onmiddellijke rechtsovergang bij de vervulling van de genoemde voorwaarde niet wordt gewenst, en dat de rechtsovergang zelf nog aan een (andere) opschortende voorwaarde wordt onderworpen. De levering bij voorbaat van het toekomstige goed (een levering onder opschortende voorwaarde) dient dan te geschieden ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder (die andere) opschortende voorwaarde. De levering onder opschortende voorwaarde van het toekomstige goed gaat dan, zodra het goed tegenwoordig wordt, over in een overdracht onder opschortende voorwaarde.<sup>25</sup> Eerst wanneer laatstgenoemde voorwaarde in vervulling gaat, wordt de verkrijger volledig rechthebbende.

25. Betreft het een toekomstige roerende zaak, niet-registergoed, dan vindt de levering overeenkomstig art. 3:97 lid 1 jo. art. 3:91 BW door middel van machtsverschaffing bij voorbaat plaats, in de regel machtsverschaffing *constituto possessorio*. Vgl. N.E.D. Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, a.w., p. 215.

## 5. MUCH ADO ABOUT NOTHING?

Wat de rechtsgevolgen van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen betreft, bestaat er in de literatuur een grote mate van overeenstemming. In dit opzicht vormt de literatuur voor de praktijk dan ook een bruikbaar baken. Wat de rechtsgrondslag van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen betreft, is er minder eenstemmigheid. Voor de praktijk zijn daarvan echter nauwelijks problemen te verwachten. In de regel zal de rechter door middel van een redelijke uitleg van de door partijen afgelegde verklaringen en van de door hen verrichte gedragingen, het door hen beoogde resultaat wel overeind weten te houden, zelfs indien partijen voorwaardelijk hebben overgedragen hetgeen zij slechts voorwaardelijk hadden kunnen leveren, waardoor onbedoeld slechts *gebakken lucht* in andere handen is overgegaan.

# Toekomstverwachtingen in het contractenrecht

*M.M. Stolp en L. Reurich\**

## 1. INLEIDING

‘Nu komt het!’ – deze gedachte schoot altijd door het hoofd van de jonge Schopenhauer als er aan zijn huisdeur gebeld werd. Op oudere leeftijd dacht hij: ‘nu zul je het krijgen...’.<sup>1</sup> Elke gebeurtenis wekt verwachtingen van wat komen gaat. Wie het pessimisme van Schopenhauer vreemd is, zal niet schromen om op basis van toekomstverwachtingen contractuele betrekkingen aan te gaan. Hij contracteert in de verwachting van een grote loop van het publiek, een (nog) groter inkomen, het verkrijgen van een vergunning.<sup>2</sup> Strookt de toekomst met de verwachting, dan is er geen vuiltje aan de lucht. Anders liggen de zaken als de verwachting wordt doorkruist. Dan kan de gebondenheid aan de overeenkomst een zware last worden. Voor teleurstellingen in de toekomst biedt het recht geen soelaas. Voor overeenkomsten die *daardoor* tot een last worden, bestaan mogelijk remedies.

In deze bijdrage staat de toekomstverwachting in het contractenrecht centraal. Een korte analyse van het verschijnsel ‘toekomstverwachting’ zal het voorwerp van onderzoek nader omlijnen (par. 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde waar de toekomstverwachting een rol speelt. In de eerste plaats wordt onderzocht in hoeverre de dwalingsregeling aan (teleurgestelde) toekomstverwachtingen ruimte kan bieden (par. 3). Bij dat onderzoek zal ook de grondslag van dwaling worden betrokken (par. 4). In de tweede plaats komt de regeling van de *imprévision* aan de orde (par. 5). Het onderzoek naar het ‘grensgebied’ tussen beide regelingen moet vervolgens aantonen

\* Mrs. M.M. Stolp en L. Reurich zijn verbonden aan de Universiteit Leiden.

1. A. Schopenhauer, *Parerga und Paralipomena: kleine philosophische Schriften*, erster Band, Ausgabe Ludger Lütkehaus, p. 470-471.
2. Zie resp. HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493 (briljant Schreuders), HR 3 november 1972, *NJ* 1973, 37 m.nt. GJS (Van Smeden/Christelijk Onderwijs), HR 26 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booij/Wisman).



of, en zo ja, in welke gevallen, beide regelingen tegelijk van toepassing kunnen zijn (par. 6). Na constatering van een (bepaalde) samenloop, wordt de vraag opgeworpen of die samenloop voor de betrokkene relevant is (par. 7). Het betoog sluit met een conclusie af (par. 8).

## 2. TOEKOMSTVERWACHTING, EEN OMLIJNING

Toekomstverwachtingen zijn rare dingen. Op het eerste gezicht lijkt de toevoeging ‘toekomst’ overbodig: iedere verwachting heeft betrekking heeft op iets wat nog niet gegeven is. In die zin onderscheidt de toekomstverwachting zich niet van andere verwachtingen die op tal van plaatsen in het contractenrecht een rol spelen. Toch heeft het zin van een toekomstverwachting te spreken.

Een verwachting kenmerkt zich door een zekere gerichtheid. Iemand verwacht *iets*: dat een loop van het publiek ontstaat, dat het inkomen zal stijgen. *Dat y* – zo kan de structuur van een verwachting kortweg worden gekenschetst. De kwalificatie ‘toekomst’ heeft nu betrekking op de inhoud van ‘y’. Bij een toekomstverwachting gaat het om een verwachting ten aanzien van een omstandigheid die op het moment van contractsluiting in de toekomst ligt.

Een toekomstverwachting kan vervolgens een positieve of een negatieve lading hebben. De verwachting is positief geladen wanneer een partij een bepaalde concrete voorstelling van zaken heeft. De schoolvoorbeelden uit de rechtspraak betreffen de verwachting dat een kentekenbewijs zal worden verkregen voor een kraanwagen<sup>3</sup> en de verwachting dat met twee uur extra werk, het salaris ook hoger uitpakt.<sup>4</sup> Het is evenwel ook mogelijk dat de verwachting geen positieve inhoud heeft omdat er in het geheel geen (positieve) voorstelling omtrent een bepaalde stand van zaken wordt gemaakt. Neem bijvoorbeeld het bruidspaar dat als bruidsgeschenk van de peetoom van de bruid een zeker bedrag krijgt voor de aankoop van een huis.<sup>5</sup> Vervolgens springt het huwelijk af. Aangenomen kan worden dat de peetoom aan het mogelijk afketsen van het huwelijk ten tijde van het aangaan van de schenkingsovereenkomst gewoonweg niet heeft

3. HR 26 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman)

4. HR 3 november 1972, *NJ* 1973, 37 m.nt. GJS (Van Smeden/Christelijk Onderwijs).

5. Vgl. MvA II, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 977.

gedacht (pure onwetendheid). Pas op het moment dat de werkelijkheid aan het licht treedt, wordt duidelijk dat deze afwijkt van een verwachting die bij het aangaan van de overeenkomst nog 'verborgen' was.

### 3. DE ROL VAN TOEKOMSTVERWACHTINGEN IN HET KADER VAN DWALING

Met het bestaan van een teleurgestelde toekomstverwachting, is gegeven dat een contractpartij in een onjuiste voorstelling van zaken heeft verkeerd. In dit verband springt direct het leerstuk der dwaling (art. 6:228) in het oog. Volgens art. 6:228 lid 1 is er immers sprake van dwaling indien de overeenkomst onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken tot stand is gekomen. Daarbij maakt het niet uit of de onjuiste voorstelling een geval van zuivere onwetendheid betreft, dan wel een geval omvat waarin sprake is van een van de werkelijkheid afwijkende positieve voorstelling.<sup>6</sup> Een complicerende factor is evenwel gelegen in het tweede lid van art. 6:228: dat bepaalt dat een dwaling geen uitsluitend toekomstige omstandigheid mag betreffen. De dwalingsregeling ziet dus op een onjuiste voorstelling omtrent omstandigheden die in het heden liggen.

Nu betekent dit niet dat een teleurgestelde toekomstverwachting (een onjuiste voorstelling omtrent de toekomst) zonder meer buiten het dwalingsleerstuk valt. Zo zal in veel gevallen sprake zijn van een meervoudige dwaling.<sup>7</sup> Hiermee wordt bedoeld een dwaling die betrekking heeft op verwachtingen omtrent toekomstige omstandigheden, die haar directe oorsprong vindt in een dwaling terzake van omstandigheden die men reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aanwezig achtte.<sup>8</sup> De wetgever heeft hiervoor oog gehad en heeft daarom het woord *uitsluitend* ingevoegd vóór 'toekomstige omstandigheden'.<sup>9</sup> Uit deze formulering volgt derhalve dat er nog wél plaats is voor een beroep op dwaling omtrent toekomstverwachtingen indien deze verwachtingen gebaseerd waren op een onjuiste voorstelling van reeds bij het sluiten van de overeenkomst

6. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 901; MvA II, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 908; Asser/Hartkamp II (1997), nr. 173.

7. Asser/Hartkamp II (1997), nr. 192.

8. Asser/Hartkamp II (1997), nr. 192.

9. VVII, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 907.

aanwezige omstandigheden. In een dergelijk geval is geen sprake van een dwaling die *uitsluitend* de toekomst betreft, nu de toekomstverwachtingen voortvloeien uit een dwaling omtrent omstandigheden ten tijde van de contractsluiting. Indien de toekomstdwaling dus kan worden herleid tot een dwaling in het heden, staat het tweede lid van art. 6:228 niet aan een dwalingsberoep in de weg.<sup>10</sup>

De ratio voor het verbod van een 'zuivere' toekomstdwaling is gelegen in het volgende. In de toelichting wordt erop gewezen dat voor misrekening in toekomstige omstandigheden een bijzondere regeling is getroffen in art. 6:258.<sup>11</sup> Laatstgenoemd artikel ziet op het leerstuk der onvoorziene omstandigheden. Er is sprake van onvoorziene omstandigheden indien deze zich voordoen ná het moment van contractsluiting, terwijl partijen het intreden ervan niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd.<sup>12</sup> Dergelijke omstandigheden moeten verder van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten (art. 6:258 lid 1).

De beperking neergelegd in art. 6:228 lid 2 zorgt dus voor een (zekere) afgrenzing van het leerstuk der dwaling met dat der onvoorziene omstandigheden.<sup>13</sup> Immers, uit deze bepaling vloeit voort dat uitsluitend toekomstige omstandigheden geen rol (kunnen) spelen bij dwaling, terwijl de regeling van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258), zo bleek, louter ziet op omstandigheden die op het moment van contractsluiting in de toekomst liggen en die partijen niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd. Het verschil in uitgangspunt qua tijdstip waarop de omstandigheden zich voor moeten doen, is

10. Men spreekt in dit verband ook wel van het herleidingscriterium: Verbintissenrecht (Hijma), art. 228, aant. 123-124. Hoewel dit herleidingscriterium in het algemeen wordt aanvaard, is zij niet zonder problemen. Zo is het in de praktijk niet steeds eenvoudig om een uitsluitend toekomstige van een in het heden wortelende dwaling te onderscheiden: A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1998, nr. 173; M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1996, p. 218-222.
11. TM, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6, p. 903.
12. TM, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6, p. 969; MvA II, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6, p. 973; Asser/Hartkamp II (1997), nr. 333.
13. Vgl. Jac. Hijma, 'Imprévision', in: M.E. Franke e.a. (red), *BW-krant Jaarboek 1995*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 62-63.

logisch indien men bedenkt dat dwaling een wilsgebrek betreft, anders dan de onvoorziene omstandigheden.<sup>14</sup> Gelet op deze grondslag bestaat er slechts een beroep op dwaling als de wil bij het aangaan van de overeenkomst op onzuivere wijze is gevormd. Dit heeft tot gevolg dat de dwaling aanwezig moet zijn op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Zodoende wordt duidelijk dat verwachtingen die niet de bij de overeenkomst aanwezige omstandigheden betreffen, irrelevant zijn in het kader van dwaling.<sup>15</sup>

#### 4. HET BELANG VAN DE GRONDSLAG DER DWALING

De begrenzing die art. 6:228 lid 2 aanbrengt ten aanzien van uitsluitend toekomstige omstandigheden is dus gelegen in de grondslag van de dwalingsregeling.

Nu wordt in de literatuur door verschillende schrijvers een andere grondslag bepleit voor het dwalingsleerstuk. Hierdoor verkrijgt ook de toekomstdwaling een andere positie. Bovendien, zo zal blijken (in par. 4), heeft dit op zijn beurt weer gevolgen voor de verhouding tussen art. 6:228 en art. 6:258.

Van der Grinten heeft bijvoorbeeld gesteld dat het bij dwaling moet gaan om de vraag of de dwalende aan zijn wederpartij een verwijt kan maken.<sup>16</sup> Hiermee lijkt hij aan te sluiten bij de opvatting van De Grooth die reeds in zijn preadvies van 1948 heeft bepleit dat de grondslag van dwaling gevonden moet worden in de bescherming van de dwalende tegen door diens wederpartij veroorzaakte en deze toe te rekenen schijn.<sup>17</sup> In deze opvatting is een dwaling inzake uitsluitend toekomstige omstandigheden dus niet uitgesloten, mits de dwaling maar aan de wederpartij is toe te rekenen.<sup>18</sup>

14. Vgl. Asser/Hartkamp II (1997), nr. 168.

15. Asser/Hartkamp II (1997), nr. 189.

16. W.C.L. van der Grinten, 'Jurisprudentie' (noot onder HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman), *AA XVI* (1967), p. 161.

17. Zie hierover: P. Abas, 'Kan de dwaling naar huidig recht nog als een wilsgebrek worden aangemerkt?', in: *Cahenbundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 14-16.

18. Zie voor kritiek op de opvatting van Van der Grinten: A.R. Bloembergen, *RMTh* 1973, p. 126 die stelt dat deze visie in strijd is met het (latere) arrest HR 3 november 1972, *NJ* 1973, 37 m.nt. GJS (Van Smeden/Christelijk Onderwijs) alwaar dwaling niet uitgesloten werd geacht terwijl de wederpartij van dezelfde onjuiste voorstelling uitging en haar geen verwijt kan worden gemaakt.

Hellema meent dat de grondslag van de dwalingsactie gevonden moet worden in de schending van het door beide partijen vooronderstelde gerechtvaardigde vertrouwen in de trouw van een ander.<sup>19</sup> Daarop laat hij volgen dat vanuit dat perspectief gezien, de meeste dwalingen omtrent (zuivere) toekomstverwachtingen irrelevant zijn. Immers, beide partijen weten, dan wel behoren te weten, dat een kansberekening omtrent in de toekomst gelegen gebeurtenissen teveel onzekere factoren bevat om een vertrouwen gerechtvaardigd te doen zijn.<sup>20</sup> Wanneer de wederpartij daarentegen door woord of houding verantwoordelijk is voor het gerechtvaardigd te achten vertrouwen dat gezegd kan worden dat deze wederpartij de onzekere factoren – die in de toekomstigheid van de omstandigheden is opgesloten – voor zijn rekening heeft genomen, dan kan een zuivere toekomstverwachting wel van belang zijn in het kader van dwaling.<sup>21</sup>

Recentelijk hebben Cahen en Chao-Duivis kritiek geuit op art. 6:228 lid 2. Zij lijken daarbij evenwel de huidige grondslag der dwaling geheel uit het oog te hebben verloren. Het voornaamste bezwaar dat Cahen heeft tegen het buiten de deur houden van een dwaling omtrent uitsluitend toekomstige omstandigheden betreft het feit dat daardoor de ‘verborgen toekomstdwaling’ buiten het dwalingsleerstuk valt.<sup>22</sup> Hij doelt hiermee op het type dwaling waarbij iemand zich niet realiseert dat wat hij zich voorstelt door de toekomst uitgemaakt moet worden.<sup>23</sup> Hij dwaalde, juist omdat hij in het geheel niet aan de toekomst gedacht heeft. Zo machtigen bepaalde ervaringsregels ons de nabije toekomst in een aantal opzichten als zeker te ervaren. Die toekomst wordt dan als het ware bij het heden ingelijfd. Laten die regels het afweten dan treedt een achter hen schuilgaande toekomstdwaling aan de dag, waarmee geen rekening behoeft te worden gehouden.<sup>24</sup> Naar het ons voorkomt, wil Cahen dus eigenlijk

19. A.W. Hellema, *Dwaling over toekomstverwachtingen* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972, p. 21.

20. Bloembergen (1973), p. 125-128 meent dan ook dat in de praktijk nauwelijks verschil zal bestaan tussen de hantering van het herleidingscriterium en de opvatting van Hellema.

21. Hellema (1972), p. 21.

22. J.L.P. Cahen, ‘Het toekomstaspect bij de dwaling’, in: *Omwille van de consument (Clausing-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 28.

23. Cahen (1990), p. 28.

24. Cahen (1990), p. 28.

een gerechtvaardigde verwachting omtrent zuiver toekomstige omstandigheden binnen het kader van de dwaling beschermen. Gelet op de grondslag van dwaling hoort dit daar evenwel niet thuis. Immers, dwaling beschermt, gelet op de wilsgebrekgedachte, (slechts) tegen een onjuiste voorstelling van omstandigheden welke reeds *ten tijde van het sluiten van de overeenkomst* bestaat. Het geval dat Cahen aanduidt met de term verborgen toekomstdwaling is nu juist bij uitstek een geval waarvoor art. 6:258 in het leven is geroepen: men gaat ervan uit, bewust dan wel onbewust, dat de omstandigheden niet zullen veranderen. Blijkt zich na de contractsluiting een wijziging voor te doen die partijen niet in hun overeenkomst hebben verdiscon-teerd, en op grond waarvan de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, dan kan bescherming van de uitsluitende toekomstverwachting worden verkregen op grond van onvoorziene omstandigheden. Cahen heeft dit zelf ook ingezien, waar hij schrijft:<sup>25</sup>

'De kans is levensgroot aanwezig dat de verborgen toekomstdwaling als dwaling geweerd blijft en in plaats van waar ze thuis hoort, een anoniem bestaan zal gaan leiden in het woongebied der onvoorziene omstandigheden van art. 258 boek 6 NBW.'

Teneinde dit te voorkomen, stelt Cahen voor om het verbod omtrent de toekomstdwaling als een dode letter te negeren. Voldoende is volgens hem dat voor ieder beroep op dwaling wordt nagegaan of zij voor rekening van de dwalende moet blijven. Een dergelijke toetsing moet volgens hem ook de dwaling met een toekomstaspect ten deel vallen.<sup>26</sup> In de redenering van Cahen wordt de problematiek inzake teleurgestelde toekomstverwachtingen dus geheel overgeheveld naar het leerstuk der dwaling. Of de dwaling omtrent toekomstige omstandigheden nu te herleiden is tot het heden dan wel uitsluitend op de toekomst betrekking heeft, doet volgens hem niet terzake. Daarmee is ten onrechte het dogmatisch onderscheid, dat tussen dwaling enerzijds en onvoorziene omstandigheden anderzijds bestaat, geheel komen te vervallen.

De visie van Chao-Duivis valt grotendeels samen met die van Cahen. Ook zij meent dat het onderscheid tussen de dwaling in de omstandigheden zoals die bestaan ten tijde en ná het sluiten van de

25. Cahen (1990), p. 32.

26. Cahen (1990), p. 33.

overeenkomst dogmatisch ware te vermijden.<sup>27</sup> Sterker nog, van een principiële scheiding tussen de beide regelingen kan volgens haar niet echt worden gesproken.<sup>28</sup>

‘Qua begrip zit het verschil tussen de dwaling van artikel 6:228 en de onvoorziene omstandigheden van artikel 6:258 derhalve niet in de onjuiste voorstelling (bij beide artikelen kan het gaan om een afwezigheid van een voorstelling, ignorantia, of aanwezigheid van een onjuiste voorstelling) waarin het contract niet voorziet, maar in het tijdstip waarop de omstandigheden waaromtrent men een onjuiste voorstelling had, zich voordeden.’

Zij stelt vervolgens dat zowel de dwaling inzake omstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst, als de dwaling omtrent uitsluitend toekomstige omstandigheden zich laten terugbrengen tot een vraag van wilsovereenstemming: heeft men de kans omtrent de onjuistheid van de voorstelling willen nemen?<sup>29</sup> Evenals Cahen verliest ook Chao-Duivis echter uit het oog dat dwaling een wilsgebrek is, dat ‘van nature’ gefixeerd is op het moment van totstandkoming van de overeenkomst. Misrekening omtrent uitsluitend toekomstige omstandigheden kan binnen art. 6:228 van geen belang zijn, daarvoor is art. 6:258 geschreven. De bepaling van art. 6:228 lid 2 is naar onze mening dan ook onmisbaar, nu daarmee recht wordt gedaan aan het fundament waarop het dwalingsleerstuk is gebaseerd.

##### 5. DE ROL VAN TOEKOMSTVERWACHTINGEN IN HET KADER VAN ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

Betreft de teleurgestelde verwachting uitsluitend toekomstige omstandigheden dan staat een beroep op dwaling niet open. Zoals hiervoor reeds is aangehaald, merkt de toelichting van art. 6:228 in dit verband op dat voor dergelijke gevallen in art. 6:258 een bijzondere regeling is getroffen.<sup>30</sup> Volledig in overeenstemming hiermee wordt in de parlementaire stukken bij art. 6:258 opgemerkt, dat alleen sprake kan zijn van onvoorziene omstandigheden voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de

27. Chao-Duivis (1996), p. 234.

28. Chao-Duivis (1996), p. 232.

29. Chao-Duivis (1996), p. 234.

30. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 903.

overeenkomst nog in de toekomst lagen. Voor misrekening inzake omstandigheden die op dat ogenblik niet meer toekomstig waren, wordt verwezen naar art. 6:228.<sup>31</sup> Evenals bij dwaling is ook voor de toepasselijkheid van art. 6:258 irrelevant of de partijen positief de afwezigheid van de omstandigheden hadden verwacht, dan wel of in het geheel niet aan die mogelijkheid is gedacht.<sup>32</sup>

De *imprévision* bezien vanuit het oogpunt van een toekomstverwachting is evenwel lastig. Zo bestaan in de meest voorkomende gevallen de onvoorziene omstandigheden uit een *wijziging in de omstandigheden* na de contractsluiting.<sup>33</sup> Nu zou men de toekomstverwachting kunnen construeren als de verwachting dat de wijziging niet zou intreden. Partijen zijn er bij het sluiten van de overeenkomst vanuit gegaan dat de feiten zich in de toekomst zouden continueren; de verwachting was dat alles hetzelfde zou blijven. Door het intreden van een wijziging in de omstandigheden wordt deze verwachting echter doorkruist.

Een tweede categorie van *imprévision* omvat onvoorziene omstandigheden die eruit bestaan dat *een verwachte wijziging niet intreedt*.<sup>34</sup> Het gaat hier dus niet om een verandering van de omstandigheden waaronder men gecontracteerd heeft en die men niet had verwacht, maar juist om het spiegelbeeldige geval waarin de omstandigheden ongewijzigd blijven, terwijl men nu juist een wijziging had verwacht. Door het niet-intreden van de wijziging wordt de toekomstverwachting gedwarsboemd. Hier treedt de doorkruising van de toekomstverwachting dus wat meer op de voorgrond dan bij de 'normale' gevallen van onvoorziene omstandigheden.

Naast de onderscheiding in deze twee categorieën kunnen de onvoorziene omstandigheden nog worden onderverdeeld naar gevolgen. Zo kan er sprake zijn van (1) een ernstige verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties, of van (2) de omstandigheid waarin de overeenkomst haar zin heeft verloren omdat het doel van de overeenkomst is bereikt of onbereikbaar is geworden dan wel van (3) de situatie dat nakoming van de overeenkomst uiter-

31. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 969; Asser/Hartkamp II (1997), nr. 334.

32. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 969; Asser/Hartkamp II (1997), nr. 333.

33. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 969.

34. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 969. Overigens is hierover in de literatuur nauwelijks iets te vinden.



mate bezwaarlijk is geworden. Het zijn dus deze situaties waartegen art. 6:258 bescherming biedt. Gesteld zou kunnen worden dat hierachter teleurgestelde toekomstverwachtingen schuil gaan.

De teleurgestelde toekomstverwachtingen ondervinden evenwel slechts bescherming in het kader van art. 6:258 indien partijen de omstandigheden die na de contractsluiting aan het licht zijn gekomen en waardoor hun toekomstverwachting wordt doorkruist, niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd.<sup>35</sup> Enkel wanneer deze omstandigheden niet in de overeenkomst zijn meegenomen, is sprake van onvoorzene omstandigheden. Dit betekent dat het vizier wordt gericht op de overeenkomst en niet zozeer op de teleurgestelde toekomstverwachting: voorziet de overeenkomst in de wijziging dan wel in het achterwege blijven van de wijziging? Kan uit de overeenkomst worden afgeleid dat partijen met de teleurstelling rekening hebben gehouden?

Bij stilzwijgen van de overeenkomst moet ter beantwoording van deze vraag de overeenkomst uitgelegd worden.<sup>36</sup> Daartoe komt het aan op de vraag wat partijen over en weer redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten,<sup>37</sup> waarbij moet worden gelet op de aard en strekking van de overeenkomst, de omstandigheden waaronder zij tot stand is gekomen, de verkeersopvattingen en de redelijkheid en billijkheid.<sup>38</sup>

Voorts geldt dat naarmate de omstandigheid die de verwachting heeft doorkruist minder ver buiten het voorstellingsvermogen van partijen ligt, eerder het vertrouwen opgewekt zal worden dat ermee rekening is gehouden (art. 3:35).<sup>39</sup> Met andere woorden: als de teleurstelling die de toekomstverwachting zou doorkruisen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voorzienbaar was, kan sneller worden aangenomen dat zij in de overeenkomst is verdisconteerd.

Uit het voorgaande blijkt dat de toetsing van art. 6:258 geheel

35. TM, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6, p. 968; MvA II, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6, p. 973; Asser/Hartkamp II (1997), nr. 333.

36. Asser/Hartkamp II (1997), nr. 333; Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1998, nr. 288.

37. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (1998), nr. 288.

38. Asser/Hartkamp II (1997), nr. 333.

39. Asser/Hartkamp II (1997), nr. 333.; Bloembergen, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (1998), nr. 288.

gericht is op (uitleg van) de overeenkomst, waarbij de toekomstverwachting slechts op de achtergrond een rol speelt.

#### 6. DE VERHOUDING TUSSEN ART. 6:228 EN 6:258

Ten aanzien van de artt. 6:228 en 6:258 wordt in de Toelichting Meijers gesproken van een ‘grensgebied waarin beide regelingen kunnen worden ingeroepen’.<sup>40</sup> Zowel bij de toelichting van art. 6:228 als die van art. 6:258 wordt dat grensgebied nader omschreven. Bij art. 6:228 staat vermeld:<sup>41</sup>

‘Het kan immers voorkomen dat niet-toekomstige omstandigheden voor een contractant juist daarom van belang zijn, omdat zij bepaalde toekomstverwachtingen rechtvaardigen. Dwaalt die contractant nu inzake die omstandigheden, dan kan men hem – als overigens aan de vereisten van het artikel voldaan is – de vernietiging niet ontzeggen, ook al is het motief voor vernietiging gelegen in het illusoir blijken van de toekomstverwachting’.

Deze opmerking behelst niet meer dan de vaststelling dat in geval van een meervoudige dwaling – een dwaling omtrent toekomstige omstandigheden op grond van een dwaling omtrent niet-toekomstige omstandigheden – een beroep op art. 6:228 niet op het ‘toekomstverbod’ van het tweede lid van dat artikel mag afketsen. Waarom een dergelijke casus tevens een beroep op art. 6:258 rechtvaardigt, vermeldt de passage niet. Het antwoord op deze vraag wordt in de toelichting bij art. 6:258 aangetroffen. Daar stelt Meijers dat zich een grensgebied tussen beide regelingen voordoet in het geval:<sup>42</sup>

‘een relevante misrekening heeft plaatsgehadt in omstandigheden in heden of verleden die juist daarom van belang waren, omdat voor de rechtsverhouding gewichtige feiten in de toekomst ervan afhankelijk waren’.

Toekomstige, voor de rechtsverhouding gewichtige feiten die van een misrekening in het heden of verleden afhankelijk zijn. Deze ‘afhankelijkheid’ doet de vraag rijzen of dergelijke toekomstige omstandigheden zonder meer als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 kunnen worden aangemerkt. Twee voorbeelden.

40. Zie voor art. 6:228: TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 903 en voor art. 6:258: TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 969.

41. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 901.

42. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 969.

- a. A verplicht zich jegens B tot plaatsing van een luchtverversingsinstallatie in een groot bouwproject. Beide partijen zijn van dezelfde onjuiste berekening uitgegaan (wederzijdse dwaling). De installatie die op stapel staat, is daardoor voor B nutteloos geworden.
- b. A verplicht zich jegens B tot plaatsing van een luchtverversingsinstallatie in een groot bouwproject. Door een wijziging van regelgeving omtrent de aan deze installaties te stellen eisen, zal zij in de huidige vorm nooit operationeel kunnen zijn.

In beide situaties heeft de overeenkomst haar zin verloren omdat het doel van de overeenkomst onbereikbaar is geworden. De achtergrond daarvan is echter verschillend. In het laatstgenoemde geval is het de overheidsmaatregel die het doel van de overeenkomst onbereikbaar maakt. In het eerste geval is zij het gevolg van een misrekening in het verleden. In dat geval nu ligt een beroep op art. 6:258 minder voor de hand, juist *vanwege* de afhankelijkheid van die misrekening. Het zij toegegeven dat in een dergelijk geval een beroep op dwaling niet op het tweede lid van art. 6:228 mag afketsen. Dat rechtvaardigt echter nog niet de conclusie dat een beroep op art. 6:258 in dat geval open staat.

Nogmaals een tweetal casus, de eerste is aan de jurisprudentie ontleend, de tweede is een variatie daarop.

- c. A verkoopt en levert een perceel grond aan B en garandeert de bodem voor zijn (A's) kosten te saneren tot de b-waarde zal zijn bereikt. Na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat beide partijen ten aanzien van deze garantie van een onjuiste voorstelling van zaken zijn uitgegaan. Een en ander brengt mee dat de garantie verplicht tot een 'eeuwigdurende' sanering.
- d. A verkoopt en levert een perceel grond aan B en garandeert de bodem voor zijn (A's) kosten te saneren tot de, door de overheid vastgestelde, b-waarde zal zijn bereikt. Na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat beide partijen ten aanzien van deze garantie van een onjuiste voorstelling van zaken zijn uitgegaan. Tevens is door een wijziging van het milieubeleid van de overheid na het sluiten van de overeenkomst, de b-waarde aanmerkelijk

opgehoogd. Een en ander brengt mee dat de garantie verplicht tot een ‘eeuwigdurende’ sanering.

De feiten van de eerste casus kwamen aan de orde in HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 659 (Luycks/Kroonenberg). In dit geval was een beroep op dwaling succesvol. Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat:

‘indien een overeenkomst is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, verschillende mogelijkheden bestaan om te bereiken dat de rechter in plaats van de vernietiging van de overeenkomst uit te spreken aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een aanpassing van de overeenkomst komt. Het hof heeft hier terecht in de eerste plaats gewezen op art. 6:230 (...). Het hof heeft hieraan een verwijzing naar de art. 6:248 en 6:258 toegevoegd, kennelijk en terecht ervan uitgaande dat ook dit laatste artikel een grondslag voor wijziging van de gevolgen van een overeenkomst biedt, met name in het door het hof vermelde geval van onvoorziene omstandigheden (...).’

Met deze algemene vaststelling waarin, in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis, een samenloop van art. 6:228 en 6:258 mogelijk wordt geacht, is nog niet gezegd dat daarvan in het onderhavige geval sprake is. De Hoge Raad voorziet deze algemene opmerking namelijk van de volgende ‘aantekening’:

‘Voor wat betreft de vraag of art. 6:258 hier daadwerkelijk voor toepassing in aanmerking komt, moet tenslotte nog worden aangetekend dat (...) nog zal moeten worden gezien of, in het licht van de [na verwijzing] vast te stellen omstandigheden van het geval, één of meer van die omstandigheden kunnen gelden als ‘onvoorziene omstandigheden’ in de zin van de thans in lid 1 van dit artikel vervatte regel.’

In een casus waarin nu toekomstige feiten rechtstreeks van een misrekening in het verleden afhankelijk zijn, kan ons inziens van een geslaagd beroep op art. 6:258 geen sprake zijn. Vanwege die afhankelijkheid vallen die toekomstige feiten binnen de problematiek van (wederzijdse) dwaling. Een samenloop van beide regelingen daarentegen is wél mogelijk in de laatste casus. Daarin komen twee problemen bij elkaar samen: een onvoorziene omstandigheid (wijziging van overheidsbeleid) en een misrekening in het verleden. Slechts indien zich derhalve *los* van de dwaling een onvoorziene omstandigheid voordoet, kan van samenloop sprake zijn.

Bovenstaande analyse voert ons tot het volgende standpunt. De regeling van de dwaling en *imprévision* betreffen ieder een andere problematiek. Dat staat eraan in de weg om het onderscheid tussen

beide regelingen op een louter temporeel gegeven terug te voeren. Alleen als beide problemen in dezelfde casus worden aangetroffen, kan van samenloop tussen art. 6:228 en 6:258 sprake zijn. Het is dan afhankelijk van de gekozen invalshoek welke regeling van toepassing is.

Kiest men de onjuiste voorstelling omtrent omstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst als punt van uitgang, dan bepaalt de dwalingsregeling of de overeenkomst voor vernietiging vatbaar is. Dat het beroep op dwaling is ingegeven door ‘het illusoir blijken van een toekomstverwachting’ staat immers aan een beroep op dwaling niet in de weg.<sup>43</sup> Het komt er in deze benadering op aan of de dwaling omtrent de toekomstige omstandigheden tot het heden herleidbaar is. Bezielt men de casus vanuit de onvoorziene omstandigheid, dan bepaalt de regeling van art. 6:258 of de overeenkomst aantastbaar is. Dan komt het aan op de vraag (van uitlegging) of de bewuste omstandigheid in de overeenkomst is verdisconteerd en of nakoming van de contractuele verplichting naar redelijkheid en billijkheid (niet) mag worden verwacht.

Dat eenzelfde feitenconstellatie vanuit een tweetal perspectieven kan worden aangevat – vanuit de onjuiste voorstelling van zaken ten tijde van het aangaan van de overeenkomst of vanuit de onvoorziene omstandigheid ná het aangaan van de overeenkomst – brengt wederom aan het licht dat van een ‘grensgebied’ geen sprake kan zijn. Nu aan twee verschillende aspecten van dezelfde casus wordt aangeknoopt zou het juister zijn om te stellen dat beide regelingen (hooguit) met elkaar kunnen *samenvallen*.

#### 7. HET BELANG VAN SAMENLOOP: DE VERHOUDING TUSSEN WETTELIJKE BEVOEGDHEDEN

Nu hierboven een (beperkte) samenloop van de regeling van dwaling en *imprévision* werd vastgesteld, rijst de vraag of het de gerechtigde vervolgens vrijstaat om zich op één van beide remedies te beroepen. Met de vaststelling dat aan de vereisten van twee of meer bevoegdheden wordt voldaan, is immers nog niet gezegd dat die bevoegdheden ook vrijelijk kunnen worden uitgeoefend. De wijze

43. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 903.

waarop in beginsel beschikbare bevoegdheden zich tot elkaar ‘verhouden’ kan (nadere) beperkingen van de keuzevrijheid van de gerechtigde met zich meebrengen. Daartoe dient het onderstaande.

De keuzevrijheid van de gerechtigde kan in de eerste plaats worden beknot als regels die zich in beginsel voor toepassing aandienen, in een verhouding staan van ‘algemeen’ tegenover ‘bijzonder’. Een dergelijke verhouding kan besloten liggen in de gelaagde structuur van het vermogensrecht: bijzondere regels in een specifieke ‘laag’ hebben in beginsel voorrang boven meer algemene regelingen. Ook regels in dezelfde ‘laag’ kunnen zich op deze wijze tot elkaar verhouden. Zo wordt in de doctrine met het adagium *lex specialis derogat legi generali* de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 gekenschetst.<sup>44</sup> In deze benadering is de gerechtigde niet vrij in zijn keuze: slechts de ‘bijzondere’ regel komt voor toepassing in aanmerking, ook al is de algemene regeling op het eerste gezicht mede van toepassing

Een andere beperking van de keuze van de gerechtigde kan zijn gelegen in het subsidiariteitsbeginsel op grond waarvan slechts het minst vergaande middel kan worden ingezet. In deze zin bepleit Bakels dat de schuldeiser het ingrijpende middel van de ontbinding niet mag inzetten indien hem een minder vergaande bevoegdheid ten dienste staat.<sup>45</sup>

Ondanks deze pogingen tot een zekere ‘ordering’ van rechtsmiddelen, benadrukt de Hoge Raad telkenmale de keuzevrijheid van de gerechtigde. De regel dat bevoegdheden in bijzondere delen van het vermogensrecht derogeren aan meer algemene bepalingen wordt niet steeds aanvaard.<sup>46</sup> Ook de gedachte dat de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 kan worden gekarakteriseerd als ‘algemeen’ tegenover ‘bijzonder’, in de zin van het genoemde adagium, krijgt niet zijn bijval.<sup>47</sup> Het betoog van Bakels dat *in de regel* tussen de bevoegdheid

44. E.H. Hondius, Kwartaalbericht Nieuw BW, 1984/3, p. 102-103; W.L. Valk, Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek, in: *Erudita Ignorantia*, Arnhem 1989, p. 161-167; Asser/Hartkamp 4-II (1997), nr. 341.

45. F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden 1993, Deventer, 1993, p. 277.

46. Bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495. Voor een voorbeeld uit de wet zie art. 7:22 – in feite een (overbodige) bevestiging is wat reeds uit de gelaagde structuur voortvloeit.

47. Althans wat betreft de opzeggingsbevoegdheid van een duurovereenkomst, HR 25

tot ontbinding en minder ingrijpende middelen van redres, een op het subsidiariteitsprincipe gebaseerde rangorde zou bestaan, wordt eveneens door de Hoge Raad verworpen.<sup>48</sup>

Aan deze rechtspraak ligt een eenvoudig uitgangspunt ten grondslag: aan de teleurgestelde schuldeiser is in beginsel de keuze – en de afweging – welke bevoegdheid hij inroept. Dat biedt hem de mogelijkheid om de materiële vereisten en rechtsgevolgen van regels die zich in beginsel voor toepassing aandienen, met elkaar te vergelijken en daarop zijn keuze te baseren. Welke rechtsgevolgen intreden staat daarmee niet op voorhand vast, doch wordt (mede) bepaald door de wijze waarop de betrokkene de in beginsel beschikbare bevoegdheden uitoefent.<sup>49</sup>

Wat betekent een dergelijk standpunt voor de verhouding tussen art. 6:228 en 6:258? Een drietal punten wekken de aandacht. In de eerste plaats doet zich een verschil in rechtsuitoefening voor. Een beroep op dwaling kan buitengerechtelijk worden uitgeoefend (art. 3:49) terwijl in het geval van onvoorziene omstandigheden de rechter moet worden ingeschakeld. In de tweede plaats moet worden gewezen op verschillen in de rechtsgevolgensfeer. Vernietiging heeft in beginsel terugwerkende kracht (art. 3:53) terwijl in het geval van onvoorziene omstandigheden tal van andere oplossingen mogelijk zijn (vgl. 6:260). Dat kan met name relevant zijn in het geschetste geval van verkoop van een perceel grond, waarop vervolgens een kantoorpand wordt gebouwd. De terugwerkende kracht van de vernietiging brengt mee dat het perceel in het vermogen van de vervreemder terugvalt, die door natrekking eigenaar wordt van het pand. In de derde plaats een relativering. Als de *rechter* tot aanpassing wordt ingeroepen, bestaat tussen beide regelingen weinig verschil. In het besproken arrest Luycks/Kroonenberg plaatst de Hoge Raad de aanpassing op grond van art. 6:230 lid 2 en 6:258 op één lijn.

juni 1999, *NJ* 1999, 602 (CSM/Effectenhandel).

48. HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp-Franca/Regency); deze uitspraak is bevestigd in 4 februari 2000, *RvdW* 2000, 44C (Mol/Meijers Beheer BV).

49. Deze ontwikkeling maakt zichtbaar dat in de loop der tijd het civielrechtelijk sanctiearsenaal van karakter is veranderd: het beeld van het objectieve recht dat 'van boven' op een overeenkomst ingrijpt heeft gaandeweg plaatsgemaakt voor een beeld van het objectieve recht waarin aan partijen bij de uitoefening van civielrechtelijke sancties een grote mate van vrijheid wordt gelaten.

## 8. CONCLUSIE

De toekomstverwachting in het contractenrecht betreft een verwachting ten aanzien van het intreden van een feitelijke stand van zaken die op het moment van contractsluiting in de toekomst ligt. De vraag of deze verwachting in het kader van de dwalingsregeling een rol kan spelen, bleek nauw samen te hangen met de grondslag van dwaling. Nu die grondslag wordt gevonden in een gebrekkige wilsvorming, speelt de toekomstverwachting alleen een rol als zij tot het heden *herleidbaar* is. De toekomstverwachting bleek in het kader van de imprévisionregeling slechts van geringe betekenis: zij speelt uitsluitend een rol in het kader van de vraag (van uitlegging) welke omstandigheden zijn verdisconteerd.

De vraag naar de samenloop van beide regelingen maakte duidelijk dat zij ieder een andere problematiek betreffen. Dat staat er aan in de weg om het onderscheid tussen de regelingen op een louter temporeel gegeven terug te voeren. Met het verschil in problematiek werd nog een andere kwestie aan de kaak gesteld: het bleek onjuist dat de regelingen beide van toepassing zijn in een 'grensgebied' waarin een toekomstig, voor de rechtshandeling relevant feit, van een misrekening in het verleden afhankelijk is. De regelingen kunnen wel samenlopen, maar dat doet zich alleen voor bij een tot het heden herleidbare toekomstverwachting in combinatie met een onvoorziene omstandigheid die zich *onafhankelijk* daarvan voordoet.

De vraag of deze samenloop voor de betrokkene relevant is, werd positief beantwoord. Hem komt in beginsel de vrijheid toe om zich van een van beide remedies te bedienen. Dat bleek met name relevant nu de wijze van rechtsuitoefening en rechtsgevolgen van beide regelingen verschillen.