

# Het Nieuw BW in functie

De invloed van het nieuwe vermogensrecht  
op tien bijzondere rechtsgebieden

BW-krant jaarboek 1992

Redactie

A.G. Castermans

M.E. Franke

J.P. Jordaans

J.M. Smits

W.L. Valk



Gouda Quint — Arnhem

1992

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Nieuw

Het Nieuw BW in functie: de invloed van het nieuwe vermogensrecht op tien bijzondere rechtsgebieden / red.: A.G. Castermans... [et al.]

Arnhem: Gouda Quint. — (BW-krant jaarboek, ISSN 0924-1345; nr. 8)

Met lit. opg.

ISBN 90-387-0036-9 NUGI 692

Trefw.: vermogensrecht

© 1992, Mr W.A.K. Rank, prof. mr H.J. Snijders, prof. mr B. Sluyters, mr T. van Peijpe, prof. mr M.A.M.C. van den Berg, prof. mr J.H. Wansink, mr W.J. Oostwouder, mr C.J.J.C. van Nispen, prof. mr H. Franken, mr H.B. Krans en mr B. Pries.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopiëren, 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 nieuwe vermogensrecht was gedurende de lange weg van ontwerp, regeringsontwerp, gewijzigd ontwerp en invoeringswet, iets waar zich, naast een groeiend corps van wetenschappers om den brode, slechts een select gezelschap van wetenschappelijk geïnteresseerde rechtspractici mee bezig hield. Practicus of niet, alom was er bewondering voor het algemeen deel van het Nieuw BW als een knap staaltje van civiele rechtsgeleerdheid. Dat de Boeken 3, 5 en 6 niet alleen zeer algemeen maar ook buitengewoon abstract zijn, werd met de mantel der liefde bedekt. Het pleidooi van een enkeling voor een codificatie op functionele grondslag — ‘wonen, werken, welzijn’ — heeft, als verdwaalde dissonant temidden van het donderend akkoord in majeur, nauwelijks aandacht getrokken. Thans is het Nieuw BW in functie. Thans ook is het Nieuw BW een zaak geworden van alle privatisten, ook van de op de verschillende bijzondere rechtsgebieden geörienteerde specialisten. Het leek de redactie passend enkelen van hen uit te nodigen in een korte bijdrage de vraag naar de invloed van het nieuwe vermogensrecht op in totaal tien bijzondere rechtsgebieden onder ogen te zien.

Rank gaat in op de voor de bancaire praktijk belangrijke vraag of de naar nieuw recht voor cessie vereiste mededeling ook aan de akte vooraf kan gaan. H.J. Sniijders — thans nog hoogleraar te Rotterdam — belicht de overgang van vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten vanuit het perspectief van het beslag- en faillissementsrecht. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op het gezondheidsrecht staat centraal in de beschouwing van Sluyters. Over de verhouding van de bijzondere regeling van de arbeidsovereenkomst tot de algemene vermogensrechtelijke bepalingen gaat de bijdrage van Van Peijpe. Van den Berg beschrijft het belang van het nieuwe recht voor twee contracttypen ‘die tot het hart van het bouw-

recht behoren', te weten: de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en de aanneming van werk. De invoering van het Nieuw BW heeft op verschillende punten tot belangrijke veranderingen in het verzekeringsrecht geleid. Wansink bespreekt er twee: de regeling van algemene voorwaarden en het aansprakelijkheidsrecht. Boek 8 (vervoersrecht) was reeds voor 1 januari 1992 ingevoerd. Grote gedeelten ervan zijn afkomstig uit internationale regelingen. Oostwouder bekijkt de problemen die dit oplevert voor de interpretatie van Boek 8. Van Nispen houdt een pleidooi voor de invoering van het omstreden Boek 9 betreffende 'de rechten van intellectuele eigendom'. Op de betekenis van het Nieuw BW voor het 'computerrecht' wordt ingegaan door Franken. De invloed van het civiele recht doet zich zelfs gelden in het belastingrecht. Die invloed is het onderwerp van de laatste bijdrage aan dit jaarboek, van de hand van Krans en Pries.

Al is de redactie blij met de komst van Jan Smits, het stemt haar droevig dat zij opnieuw afscheid moet nemen van een lid met grote staat van dienst. Na Frits de Vries (1990) en Pim Rank (1991) verliet de redactie ook Alex Geert Castermans aan de advocatenstand: Alex Geert gaat het kantoor van de landsadvocaat versterken. In de totstandkoming van de zeven tijdens zijn redacteurschap verschenen jaarboeken had hij immer een groot aandeel. Was het niet met een scherpzinnige bijdrage van eigen hand, dan wel met een prikkelende en vooral dubbelzinnige titel. En wat betreft de omslag uit de tijd dat het jaarboek nog enkel produkt van huisvljijt was: wie herinnert zich niet het machteloze gefladder der ongevleugelden uit 1986, of de bescheiden doch strenge knol uit 1987? De redactie zal hem missen.



## Inhoud

Het mededelingsvereiste bij cessie nader beschouwd <i>W.A.K. Rank</i>	9
Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling <i>H.J. Snijders</i>	17
Het nieuwe vermogensrecht en het gezondheidsrecht <i>B. Sluyters</i>	31
Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst? <i>Taco van Peijpe</i>	41
Bouwcontracten en nieuw BW <i>M.A.M.C. van den Berg</i>	57
De invloed van het nieuw BW per 1 januari 1992 op het verzekeringsrecht <i>J.H. Wansink</i>	73
Boek 8 BW: een vreemde eend in de bijt? <i>W.J. Oostwouder</i>	89
Pleidooi voor boek 9 <i>C.J.J.C. van Nispen</i>	109

Computerrecht <i>H. Franken</i>	119
Het nieuw BW en het belastingrecht <i>H.B. Krans en B. Pries</i>	137

# Het mededelingsvereiste bij cessie nader beschouwd

*W.A.K. Rank\**

## 1. INLEIDING

Zoals bekend, vergt art. 3:94 lid 1 van het nieuwe BW voor de overdracht van een vordering op naam een levering 'door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan' aan de debiteur van de vordering door de vervreemder of de verkrijger. De tekst van de wet heeft in de bancaire praktijk de vraag doen rijzen of aan het vereiste van mededeling is voldaan indien de crediteur van een vordering op een factuur verklaart dat hij zich het recht voorbehoudt de vordering in de toekomst aan een derde over te dragen. Welbeschouwd worden met deze vraag twee punten aan de orde gesteld: 1. de volgorde waarin akte en mededeling moeten plaatsvinden en 2. de vraag of de mededeling betrekking moet hebben op een daadwerkelijke overdracht of dat zij ook mag zien op de loutere mogelijkheid van een in de toekomst gelegen overdracht. Deze vragen zijn niet slechts academisch van aard, maar ook uit praktisch oogpunt van belang. Men hoede zich voor de gedachte dat met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 tevens een einde is gekomen aan de overdracht van vorderingen. Feit is dat de fiduciaire cessie plaats heeft moeten maken voor de figuur van de stille verpanding. Daar staat echter tegenover dat de 'gewone' cessie de laatste tijd weer aan betekenis wint. Dit is bijvoorbeeld het geval in het kader van het zogenaamde securitiseren van activa, in welk verband onder meer hypotheekportefeuilles door banken aan grote institutionele beleggers worden verkocht.<sup>1</sup>

\* Mr W.A.K. Rank is als advocaat verbonden aan het kantoor Nauta Dutilh te Amsterdam en oud-redacteur van de BW-krant en het BW-krant jaarboek.

1. Bij het securitiseren of effectiseren van activa worden relatief illiquide activa geconverteerd in flexibele en overdraagbare schuldpapieren met verschillende risicoprofielen (asset related securities). Daaraan vooraf gaat niet zelden een

## 2. AKTE EN MEDEDELING CONSTITUTIEF

Met de bestempeling van beide onderdelen — zowel akte als mededeling — tot constitutieve leveringsvereisten wijkt het nieuwe recht af van het oude recht zoals dat werd gebaseerd op art. 668 BW (oud). Volgens dat oude recht was de cessie zakenrechtelijk voltooid met de akte; ook zonder mededeling<sup>2</sup> had de levering reeds haar gevolgen tegenover de schuldenaar en derden, zoals de schuldeisers van de cedent alsmede de cessionaris en diens schuldeisers. Hoewel de cessionaris derhalve ook tegenover de schuldenaar de hoedanigheid van schuldeiser verkreeg op het ogenblik van de voltooiing van de akte, kon de mededeling in de verhouding tot de schuldenaar niettemin in dier voege van belang zijn, dat betaling door de schuldenaar te goeder trouw aan de cedent bevrijdend was indien zij plaatsvond voor de mededeling. Andersom geformuleerd: met de mededeling werd voorkomen dat de debiteur zich kon beroepen op bevrijdende betaling aan de bezitter van de inschuld (art. 1422 BW oud). Het nieuwe recht gaat, als gezegd, verder: de mededeling aan de schuldenaar is bevorderd tot voorwaarde voor de geldigheid van de cessie. Zonder mededeling is de overdracht niet goederenrechtelijk voltooid.

In het licht van de historie wordt hiermee een stap terug gezet.<sup>3</sup> Werd de verbintenis, als hoogstpersoonlijke band tussen crediteur en debiteur, in de oudste tijden niet vatbaar geacht voor overgang op een derde en diende een 'overgang' van rechten derhalve te worden bewerkstelligd door novatie, langzamerhand kreeg de verbintenis een zelfstandiger positie ten opzichte van de crediteur en raakte het beeld van een echte overgang van rechten geaccepteerd. Hiermee ging een wijziging in de positie van de debiteur gepaard: veronderstelde novatie de medewerking van betrokkenen en was daarom aanvankelijk de medewerking van de schuldenaar vereist, met de aanvaarding

overdracht van schuldvorderingen aan de emittent van het papier. Zie hieromtrent F.G.B. Graaf, *Euromarket Finance: Issues of Euromarket securities and syndicated Eurocurrency loans*, Deventer 1991, blz. 28-29, 221-227.

2. Voor de volledigheid: de 'mededeling' vond volgens art. 668 BW (oud) plaats in de vorm van betekening, waarmee schriftelijke aanneming of erkenning door de schuldenaar gelijk werd gesteld. Zie Asser-Beekhuis I (Zakenrecht), 1985, nr. 368, 369.
3. Zie over de ontwikkeling van de figuur der cessie Asser-Beekhuis I (Zakenrecht), nr. 361 en C.Æ. Uniken Venema, *Overdracht en verpanding van rechten in het Ontwerp-BW*, WPNR 4529 (1958), blz. 121.

van de cessie werd het aandeel van de debiteur geleidelijk aan gereduceerd van een (actieve) erkenning tot een (passieve) kennisneming. Voor het Nederlandse recht mondde deze ontwikkeling, gelijk hiervoor beschreven, uit in een rechtsovergang door enkele akte, zonder erkenning door of kennisgeving aan de debiteur (art. 668 BW oud). De vraag rijst waarom de wetgever nu voor een stap terug in deze ontwikkeling heeft gekozen.

### 3. RATIO

De kwestie — kennisgeving al dan niet constitutief? — is aanvankelijk onderwerp geweest van een Vraagpunt, luidende:

‘Moet voor overdracht en inpandgeving van vorderingen op naam een kennisgeving aan de schuldenaar als vereiste voor de geldigheid van de overdracht of inpandgeving gesteld worden of moet kennisgeving slechts voorwaarde zijn om de vordering tegen de schuldenaar te kunnen geldend maken, zodat zij eventueel na faillissement van de overdrager of pandgever nog rechtsgeldig kan plaatsvinden?’<sup>4</sup>

In het oude recht werd de vraag bij verpanding van vorderingen in de eerste zin beantwoord (art. 1199 BW oud), doch bij overdracht in de tweede zin (art. 668 BW oud). In haar Voorlopig Verslag over dit vraagpunt gaf de Kamercommissie als haar mening te kennen dat cessie en inpandgeving voortaan op overeenkomstige wijze dienden te worden geregeld. Tussen partijen zelf en hun crediteuren zou volgens haar met het vereiste van een akte kunnen worden volstaan, waarbij de bescherming van derden evenwel zou vergen dat op een dergelijke akte eerst een beroep zou mogen worden gedaan zodra de dagtekening daarvan zeker is. De conclusie luidde dienovereenkomstig dat voor overdracht en inpandgeving van vorderingen op naam kennisgeving slechts voorwaarde zou zijn om de vordering tegenover de schuldenaar geldend te kunnen maken. Zij zou derhalve eventueel na faillietverklaring van de cedent of pandgever kunnen geschieden.<sup>5</sup>

Helaas kunnen voor ons onderwerp aan het vervolg van de discussie omtrent het vraagpunt niet of nauwelijks gegevens worden ontleend. Zij spitste zich namelijk geheel toe op de verpanding van vorderingen en de vraag of de geschetste ‘stille’ verpanding algemeen mogelijk zou moeten zijn — welk standpunt aanvankelijk door

4. Vraagpunt 4, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 755.

5. VV II (2846), Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 755.

de Kamer werd ingenomen — dan wel slechts weggelegd zou moeten zijn voor nader te bepalen erkende kredietinstellingen, terwijl anderen de mededeling reeds dadelijk zouden moeten doen om pandrecht te verkrijgen — welk stelsel de minister voorstond —. Van cessie, anders dan tot zekerheid, werd niet meer gerept.<sup>6</sup>

Nadat Meijers aanvankelijk op het voetspoor van de ministeriële conclusie naar aanleiding van Vraagpunt 4 een bepaling had ontworpen krachtens welke het pandrecht op een door een kredietinstelling in pand genomen vordering gevestigd werd door enkele pandovereenkomst zonder kennisgeving aan de debiteur, werd in een later stadium door de minister geoordeeld dat er onvoldoende grond is voor een dergelijke bijzondere positie van kredietinstellingen. Bij Gewijzigd Ontwerp werd de bepaling voorgesteld die wij thans kennen als art. 3:239 en ingevolge waarvan het voor een ieder mogelijk is om een stil pandrecht op vorderingen te vestigen bij akte, zonder mededeling aan de debiteur.<sup>7</sup> Wat betreft ons onderwerp — het mededelingsvereiste bij cessie — wordt in de begeleidende Memorie van Antwoord slechts opgemerkt dat het verschil dat in het BW 1838 tussen cessie en verpanding bestond, op deze wijze juist door het omgekeerde verschil is vervangen. Te dien aanzien wordt gesteld dat enerzijds het oude verschil naar algemeen inzicht geen redelijke grond had, terwijl het anderzijds alleszins verdedigbaar schijnt dat bij cessie, waardoor een recht in een ander vermogen overgaat, aan de eis van mededeling aan de schuldenaar meer betekenis wordt toegekend dan bij verpanding, waardoor het goed enkel binnen hetzelfde vermogen met een beperkt zekerheidsrecht wordt belast.<sup>8</sup>

Intussen valt, ofschoon een expliciete stellingname bij het vraagpunt ten aanzien van het mededelingsvereiste bij cessie ontbreekt, uit de discussie wellicht toch een zekere achterliggende gedachtengang af te leiden. Deze zou hierop neer kunnen komen, dat derden beschermd dienen te worden tegen onzichtbare cessies, dat in dit

6. Aanvulling van zijn standpunt met een uitspraak over de overdracht van vorderingen aan erkende kredietinstellingen achtte de minister niet nodig, omdat zijns inziens kredietinstellingen de overdracht niet nodig hebben en kunnen volstaan met inpandneming. Zie MvA II (2846), MO (2846) en Handelingen (2846), Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 755-761.

7. OM en TM, MvA II en GO, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 761-764.

8. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 762-763.

verband tenminste een 'zekere' dagtekening geëist moet worden, en dat kennisgeving aan de schuldenaar als extern teken der cessie de gewenste publiciteit c.q. openbaarheid kan bewerkstelligen.<sup>9</sup>

Ook de toelichting op het eigenlijke cessie-artikel zelf (3:94) verschafft in deze weinig opheldering. Meijers merkt slechts op dat het voorgestane stelsel — mededeling constitutief — 'het meest doelmatig voorkomt', dat er weinig reden is om op dit punt een verschil te maken tussen de wijze van vestiging van een pandrecht op vorderingen en de wijze van overdracht daarvan, en dat 'Omdat het gewenst is dat er van de overdracht iets naar buiten blijkt', zodat niet een kennisgeving 'nog na de faillietverklaring van de overdrager geldig kan geschieden', het stelsel van art. 1199 BW (oud) is verkozen boven dat van art. 668 BW (oud).<sup>10</sup> Nadat van kamerzijde was opgemerkt dat totstandkoming van de levering door mededeling aan de schuldenaar niet als een voordeel werd ervaren omdat er aanleiding kan bestaan om de mededeling aan de derde nog wat uit te stellen,<sup>11</sup> herhaalde de minister het argument van de rechtszekerheid: bij de beslissing om voor dit stelsel te kiezen heeft de grotere rechtszekerheid ten aanzien van de vraag of een vordering al dan niet is overgedragen de doorslag gegeven. Nagenoeg gelijke rechtszekerheid zou op andere wijze niet te verkrijgen zijn. Aan het denkbare tussenstelsel, waarbij de vordering tussen partijen reeds overgaat bij de akte doch de rechtsovergang voor werking tegen derden mededeling behoeft, kleven tal van bezwaren, waartegen, aldus de minister, het belang om de mededeling aan de derde uit te stellen, niet licht zal opwegen. Tenslotte, zo stelt hij, zijn ongewenste gevolgen van dit stelsel niet te duchten in de leer dat sedert de akte voorgevallen gebeurtenissen die de vervreemder persoonlijk betreffen (handelingsonbekwaamheid, overlijden) de overgang van het recht door opvolgende mededeling niet tegenhouden.<sup>12</sup>

9. Vgl. C.Æ. Uniken Venema, WPNR 4530 (1958), blz. 134.

10. TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 392.

11. VV II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 394.

12. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 396-397 i.v.m. blz. 380. Bedoelde persoonlijk betreffende omstandigheden dienen te worden onderscheiden van aan de rechtsovergang contraire gebeurtenissen waarbij derden zijn betrokken, zoals faillissement of overgang van het recht op een derde.

#### 4. KANTTEKENINGEN

Op het publiciteits- c.q. rechtszekerheidsargument valt wel het een en ander af te dingen. Zo kan men zich afvragen of aan crediteuren van de cedent daadwerkelijk bescherming geboden wordt door de mededeling van de cessie tot constitutief leveringsvereiste te verheffen. De openbaarheid verbonden aan een dergelijke mededeling is immers zeer betrekkelijk. Haar rechtstreekse werking is beperkt tot de debitor cessus. Echter ook haar zijdelingse werking ten opzichte van derden is beperkt, niet alleen omdat zij slechts iets betekent wanneer en zolang de crediteuren informeren bij de debiteuren van de cedent, maar ook omdat zij geen beveiliging biedt in het geval dat de debiteur met de cedent — en wellicht zelfs met cedent en cessionaris — samenspannt. Evenzeer is het de vraag of derden in het stelsel van art. 3:94 beschermd worden tegen dubbele cessie. Ook hier kan alles afhangen van de oprechtheid van de schuldenaar, die moet verklaren wanneer de respectieve cessies aan hem zijn meege-deeld.<sup>13</sup>

Wat hiervan zij, het mededelingsvereiste wordt naar de bedoeling van de wetgever geacht een publiciteits- en daarmee een typisch goederenrechtelijke functie te vervullen. Bij de beantwoording van de hierboven gestelde vragen zal dan ook van dit goederenrechtelijke karakter der mededeling moeten worden uitgegaan.

#### 5. VOLGORDE VAN AKTE EN MEDEDELING

De eerste vraag was in welke volgorde aan de vereisten van akte en mededeling moet worden voldaan. De huidige wettekst van art. 3:94 hanteert de neutrale formulering 'een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan'.<sup>14</sup> Zo is het niet steeds geweest. Het Gewijzigd Ontwerp sprak van een 'akte, gevolgd door mededeling'. De vervanging van deze woorden door 'akte en mededeling' doet, aldus de wetgever, beter uitkomen dat niet alleen zowel aan de eis van een

13. Vgl. C.Æ. Uniken Venema, WPNR 4532 (1958), blz. 158-159 en WPNR 4533 (1958), blz. 169; H.J. Pabbruwe, Cessie tot zekerheid van toekomstige vorderingen, Op de grenzen van komend recht, Beekhuisbundel (1969), blz. 188, 190-191.

14. Deze formulering is taalkundig weinig fraai: immers, wat moet men begrijpen onder de 'mededeling van een akte'? Weliswaar staat vast dat de mededeling niet ziet op haar inhoud, maar niet staat vast waarop exact dan wel: het opmaken, het ondertekenen, het aanvaarden?



akte als aan die van mededeling voldaan moet zijn, maar ook 'dat onverschillig is in welke volgorde aan deze eisen moet worden voldaan'. Einde toelichting.<sup>15</sup> Ofschoon derhalve tekst en toelichting, naar de letter genomen, op het eerste gezicht de indruk wekken dat de mededeling aan 'de akte' vooraf kan gaan, zou ik hier toch enige terughoudendheid willen betrachten, en wel om de volgende redenen.

In de eerste plaats is bedoelde tekstwijziging mede aangebracht op instigatie van een commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap.<sup>16</sup> Dit commentaar luidde: 'In plaats van de woorden 'gevolgd door' ziet de commissie liever 'en', omdat daaruit duidelijk blijkt dat de cessie pas voltooid is als aan beide eisen is voldaan, terwijl het voorts mogelijk is dat de mededeling (...) *voor het tekenen van de akte* plaatsvindt' (curs. WR). Al kan direct worden toegegeven dat een mededeling eveneens 'voor het tekenen van de akte' plaatsvindt indien van enig voornemen tot het opmaken van zodanige akte in het geheel nog geen sprake is en ook deze formulering derhalve naar de letter een onbepaalde omkering lijkt te impliceren, toch komt het mij voor dat uit deze zinsnede kan worden afgeleid dat betrokkenen de situatie voor ogen heeft gestaan waarin, zo de akte al niet voorhanden is en slechts op ondertekening en/of aanvaarding wacht, toch op z'n minst genomen duidelijk is dat een dergelijke akte met zekerheid en binnen afzienbare tijd tot stand zal komen. Er moet, met andere woorden, reeds enig verband tussen mededeling en akte bestaan wil de mededeling aan de akte vooraf kunnen gaan. Anders gezegd: er moet hoe dan ook een 'begin van een akte' zijn, en wel ten minste in die zin dat de toekomstige cedent zich obligatoir heeft verbonden tot het ondertekenen van een akte.

In de tweede plaats doet hier het publiciteits- c.q. goederenrechtelijke aspect opgeld. Van oudsher heeft de mededeling gediend om naar buiten toe kenbaar te maken *dat* overdracht van een vordering *heeft* plaatsgevonden.<sup>17</sup> Het feit dat de mededeling thans zelf als constitutief element deel uitmaakt van de levering kan mijns inziens aan deze ratio niet geheel afdoen. Bovendien wordt — gelijk hiervoor beschreven — ook naar nieuw recht de mededeling geacht een

15. NvW, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 398.

16. Rapport KNB bij het GO Boek 3 NBW, WPNR 5280 (1974), blz. 681.

17. Asser-Beekhuis I (Zakenrecht), nr. 368.

— meer of minder geslaagde — publiciteits- en derhalve goederenrechtelijke functie te vervullen. Dit overziende lijkt men voor het voorafgaan van de mededeling aan de akte wellicht niet alleen de aanwezigheid van een (obligatoire) verbondenheid te moeten vereisen, maar zelfs de aanwezigheid van ten minste enig goederenrechtelijk element, zoals een (nog niet ondertekende en/of aanvaarde) akte of een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst.

## 6. DAADWERKELIJKE OVERDRACHT?

De tweede vraag was of de mededeling betrekking moet hebben op een daadwerkelijke overdracht of dat zij ook mag zien op de loutere mogelijkheid van een in de toekomst gelegen overdracht. Met de beantwoording van de eerste vraag is het antwoord op de onderhavige in feite reeds gegeven. Ofschoon de toelichting niet meer vermeldt dan dat de mededeling aan de akte 'vooraf' kan gaan, zijn er argumenten die er voor pleiten een min of meer nauw — wellicht zelfs goederenrechtelijk — verband tussen mededeling en akte noodzakelijk te achten. De mededeling moet naar mijn mening, wil zij aan een akte vooraf kunnen gaan, gezien haar goederenrechtelijke karakter betrekking hebben op een daadwerkelijke cessie — begrepen als cessie waartoe de cedent zich ten minste rechtens heeft verbonden — en niet op een cessie die eventueel — dus misschien ook niet — ergens in de toekomst zal plaatsvinden.

Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat een en ander uiteraard niet belet dat een toekomstige, uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeiende of anderszins voldoende bepaalbare vordering<sup>18</sup> wordt gecedeerd. Hierbij heeft men immers van doen met een cessie die in zoverre voltooid is dat aan alle leveringsvereisten (akte en mededeling dan wel mededeling en akte) is voldaan, doch waaraan het beoogde effect — de overdracht — ontbreekt zolang de vordering nog niet tegenwoordig is geworden.

18. HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 (Langeveld en Dommering qq/Bouwman).

# Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling\*

*H.J. Snijders\*\**

## 1. INLEIDING

Het arrest Van Berkel/Tribosa<sup>1</sup> (hierna te noemen: BT), dat naar zijn inhoud mede op het thans geldende recht is toegesneden, heeft menige pen in beweging gebracht.<sup>2</sup> Onder meer de navolgende passage (uit r.o. 3.3, 3e al. van dit arrest) ondervond kritiek:<sup>3</sup>

‘Wanneer de eigenaar-verhuurder het verhuurde goed aan een ander verkoopt en levert, doet hij daarmee ingevolge art. 1612 lid 1 BW het *vorderingsrecht* (curs. HJS) met betrekking tot de huurpenningen op de verkrijger overgaan. In de vervreemding van het verhuurde goed ligt dan de vervreemding van het bedoelde vorderingsrecht besloten. Ook deze vervreemding kan niet aan de beslaglegger (degene die derdenbeslag heeft gelegd onder de huurder voorafgaande aan de huurovergang ex art. 1612; HJS) worden tegengeworpen.’

Vrij zelden worden materieel en formeel recht zo indringend met elkaar geconfronteerd. De inpassing van deze opvatting uit BT in de (materieelrechtelijke en formeelrechtelijke) dogmatiek en de consequenties voor de rechtspraak vragen stellig nader aandacht. Tevens lijkt het interessant om te bezien, welke betekenis deze opvat-

\* Met dank aan Mw. S. van der Jagt voor haar documentatie en Mr. M. Ynzonides voor zijn commentaar bij een concept voor deze bijdrage.

\*\* Prof. mr. H.J. Snijders is als hoogleraar burgerlijk recht, handelsrecht en burgerlijk procesrecht verbonden aan de Vakgroep privaatrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (HJS).

2. Zie o.m. H.A.G. Fikkers en M. Ynzonides, Adv. bl. 1991, blz. 280 e.v.; J.B.M. Vranken, WPNR 5998, blz. 200; A.I.M. van Mierlo, WPNR 6014, blz. 509 e.v.; M.A. Blom, V&O mei 1991, blz. 4 e.v. en (zeer uitvoerig) Kwartaalbericht Nieuw BW 1991/3, blz. 69 e.v.; J.L.P. Cahen, noot AA 1991, blz. 498 e.v.

3. Zie m.n. Blom t.a.p., blz. 72 e.v. en 77 r.k. benevens J.L.P. Cahen t.a.p.

ting van de Hoge Raad zou kunnen hebben voor enige verwante casusposities. Ik maak dan ook dankbaar van de gelegenheid gebruik, mijn NJ-noot over BT uit te bouwen. Hier en daar zullen omwille van de leesbaarheid doublures niet uit de weg gegaan worden. Enige service aan de lezer kan bij deze weerbarstige materie geen kwaad.

## 2. VERWARRING ROND DE TERM 'VORDERINGSRECHT'

Juist de term 'vorderingsrecht' in de geciteerde passage van BT lijkt misverstanden te wekken en de kritiek aan te wakkeren. Zo schrijft Blom t.a.p., dat hij het met de hier verkondigde leer van de Hoge Raad maar slechts zeer ten dele eens kan zijn. Zijns inziens laat de overdrager niet de toekomstige huurvorderingen overgaan, doch slechts de huurovereenkomst als bron van verbintenissen. Laten wij echter het spoor niet bijster raken als de Hoge Raad het in deze kennelijk te weinigzeggende woord 'bron' omzeilt en de term 'vorderingsrecht' gebruikt. Die term kan — mits goed uitgelegd — juist verhelderend zijn. Het gaat hier dan om een vorderingsrecht in de zin van recht om te vorderen, niet een vorderingsrecht in de zin van het subjectieve recht waar het vorderingsrecht betrekking op heeft. Zo bezien oordeelt de Hoge Raad geenszins, dat de overgang van art. (7A:)1612 BW vervreemding van toekomstige subjectieve rechten meer in het bijzonder huurvorderingen zou impliceren. Deze uitleg veronderstelt echter wel een specifiek begrippenkader. Daarvoor thans nader aandacht.

## 3. TERMINOLOGIE VOLGENS HEEMSKERK

De geconstateerde verwarring is niet onbegrijpelijk. De terminologie van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, die nu juist in het algemeen goed doordacht en consistent is, vertoont op het raakvlak met het formele recht helaas zwakke plekken. Op zichzelf is dit al een stelling die uitwerking vraagt en daar wil ik mij dan ook niet aan onttrekken, dit met meer dan een sprankje hoop op een wetswijziging terzake. Uitgangspunt van deze analyse vormt het onderscheid dat W.H. Heemskerk in navolging van anderen maakt in zijn oratie 'Vorderingsrecht en rechtsvordering'<sup>4</sup>: de driedeling tussen

4. VU, Deventer 1974.

- a. subjectief recht:* de materiële aanspraak van de schuldeiser, naar gelang de aard ook wel — zoals in BT — aangeduid als vordering;
- b. vorderingsrecht:* het ius agendi, het actierecht, de ‘action’, het recht om eventueel in rechte aanspraak te maken op een subjectief recht; en
- c. rechtsvordering:* de actio, de actie, de ‘demande’ in de zin van de processuele handeling zelf.

Het zou aanbeveling kunnen verdienen in plaats van de termen ‘vorderingsrecht’ en ‘rechtsvordering’ primair de als genustermen te hanteren woorden ‘actierecht’ en ‘actie’ te kiezen, maar bij de thans besproken vermogensrechtelijke vragen zijn de gecursiveerde speciestermen dunkt mij stellig toereikend.

Wat maakt het NBW hiervan? Bij de beantwoording van deze vraag kan met een steekproefsgewijze analyse per begrip worden volstaan en daartoe beperk ik mij dan ook.

#### 4. TERMINOLOGIE NAAR NBW

Het begrip subjectief recht als materiële aanspraak (term a) wordt door het NBW niet alleen aangeduid als ‘recht’ (bijvoorbeeld in de art. 3:6 e.v., de art. 3:93-94 en 236-239 en 6:191 lid 2), maar ook als ‘vorderingsrecht’ (in tegenstelling tot een ander type subjectief recht, het beperkte recht; art. 3:83) en ‘vordering’ (bijvoorbeeld in art. 3:210, 227, 231, 276-277, 282 e.v. en 6:142 e.v.) of ‘schuld-vordering’ (bijvoorbeeld in art. 3:259).

Het begrip vorderingsrecht als recht om de materiële aanspraak eventueel in rechte te doen gelden (term b) wordt door het NBW zowel ‘rechtsvordering’ als ‘vordering’ genoemd. Zie bijvoorbeeld de verjaringsbepalingen art. 3:52, 306 e.v., 6:71, 6:191 lid 1 en 7:23 lid 2, 28 en 417 resp. art. 3:100 en 6:56.

Het begrip rechtsvordering als processuele handeling waarbij een vorderingsrecht in rechte wordt ingeroepen (term c) noemt het NBW zowel ‘vordering’, maar dan duidelijk in de zin van ‘op vordering van’ (bijvoorbeeld in art. 3:296, 299, 300 en 302), als ‘eis’ (bijvoorbeeld in art. 3:316) en ‘rechtsvordering’ (bijvoorbeeld in art. 3:17 lid 1 sub f, 103, 105 lid 2, 125, 218, 245 en 5:95 en 104 lid 1 jo. 95). Ik laat buiten beschouwing dat de processuele actie niet met ‘rechtsvordering’ maar als ‘verzoekschrift’ wordt aangeduid, indien het rekest als rechtsingang beoogd wordt (zie bijvoorbeeld eerdergenoemde art. 3:218, 5:95 en 5:104 lid 1 jo. 95).



## 5. TERMINOLOGIE VAN NBW IN RELATIE TOT BT

Voorwaar een analyse, die niet het mooiste van het NBW bloot legt. A fortiori is het NBW vooralsnog geen betrouwbare leidraad voor de vraag wat de Hoge Raad met het woord 'vorderingsrecht' bedoelt in BT. In het bijzonder kan de Hoge Raad hier niet het oog hebben op het vorderingsrecht in de zin van een subjectief recht, zoals art. 3:83, sprekende van overdraagbaarheid van vorderingsrechten, kennelijk op het oog heeft. Kenmerkend voor een overgang ex art. 1612 is immers nu juist, dat er geen subjectieve rechten (huurverdringen) overgaan van de oude op de nieuwe eigenaar: de huurpenningen verschuldigd over de periode tot de overgang komen aan de oude eigenaar toe, de huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de overgang aan de nieuwe eigenaar.<sup>5</sup>

## 6. TERMINOLOGIE VAN HEEMSKERK IN RELATIE TOT BT

Heemskerk, die BT zelf mede gewezen heeft, lijkt daarentegen wel een betrouwbare gids te zijn. Met Heemskerks onderscheid als leidraad is het duidelijk, dat de Hoge Raad in BT met de overgang van het vorderingsrecht niets meer of minder heeft bedoeld dan de overgang van het recht van de oude op de nieuwe eigenaar van het verhuurde goed om materiële aanspraken uit hoofde van de door de oorspronkelijke eigenaar gesloten huurovereenkomst eventueel in rechte te maken, dus van het vorderingsrecht als bedoeld in nr. 3 (term b).

## 7. EIGEN TERMINOLOGIE

Zelf zal ik dan ook Heemskerks terminologie blijven hanteren, overigens tevens in die zin dat ik evenmin als hij in puristerij zou willen vervallen.

Wel zou ik bij de betekenis van de term vorderingsrecht iets meer dan Heemskerk de nadruk willen leggen op de mogelijkheid dat het vorderingsrecht voor inroeping van subjectieve rechten buiten rechte wordt benut. De bevoegdheid tot het in rechte ageren blijft alsdan (vooralsnog) ongebruikt. Dit neemt niet weg dat ook die bevoegdheid tot inroeping van subjectieve rechten buiten rechte zich als een

5. Zie naast Blom, t.a.p., Asser-Abas (1990), nr. 88 e.v., i.h.b. nr. 92 en de daar aangehaalde rechtspraak.

component van het vorderingsrecht laat beschouwen. Aldus wordt de term vorderingsrecht rechtspraktisch verantwoord ingekleurd: de bevoegdheid tot optreden in rechte moge rechtens voorop staan, maar veelal zal juist met die stok achter de deur inning buiten rechte mogelijk blijken te zijn. Het vorderingsrecht manifesteert zich gelukkig nog steeds vele malen meer buiten dan in rechte.

Dat naast de term subjectief recht behoefte blijft bestaan aan het equivalente woord vordering, ontkent ook Heemskerk niet. Zo niet juridisch dan toch taalkundig klinkt ‘betalen van een vordering’ juist iets minder onprettig dan ‘betalen van een subjectief recht’.

#### 8. VORDERINGSRECHT OMVAT GEEN SUBJECTIEF RECHT

Hoe belangrijk het vorderingsrecht ook moge zijn, het omvat als zodanig geen materiële aanspraak. Het vorderingsrecht laat ‘slechts’ toe, eventuele subjectieve rechten die uit een bepaalde bron waar het vorderingsrecht betrekking op heeft voortvloeien — bij BT een huurovereenkomst — in te roepen. Aldus kan een vorderingsrecht dat ex art. 1612 dadelijk ten gunste van de nieuwe vorderingsgerechtigde bestaat, dus zeer wel betrekking hebben op toekomstige subjectieve rechten. Art. 3:304, dat een vorderingsrecht (‘rechtsvordering’) niet van het subjectieve recht tot welks bescherming het dient los te maken acht, doet hieraan niet af, integendeel, als men maar beseft dat het vorderingsrecht bij duurovereenkomsten ‘periodegebonden’ is. Het vorderingsrecht van de oude eigenaar beschermt diens subjectieve rechten op huurpenningen verschuldigd over de periode tot de huurovergang, het vorderingsrecht dat de nieuwe eigenaar van hem verkrijgt beschermt die nieuwe eigenaar ten aanzien van diens subjectieve rechten op huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de huurovergang. Art. 3:304 toegespitst op duurovereenkomsten eist slechts, dat vorderingsrecht en subjectief recht over een bepaalde periode in één hand zijn.<sup>6</sup>

#### 9. WEL ANNEXATIE VORDERINGSRECHT/SUBJECTIEF RECHT V.V.

De subjectieve rechten die door het vorderingsrecht beschermd worden, mag de vorderingsgerechtigde eventueel in rechte inroepen. Bij een huurovergang ex art. 1612 krijgt de nieuwe eigenaar dus het

6. Zie voor de ratio van art. 3:304 H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen* naar Boek 3 van het nieuwe B.W., Deventer 1986, blz. 421-422.

vorderingsrecht om eventueel in rechte de huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de huurovergang te incasseren. Aldus annexeert het vorderingsrecht de subjectieve rechten tot welker bescherming het is ingeroepen. De rechtsgrond daarvoor vormt de overgang van de bron — de huurovergang — waar vorderingsrecht en subjectief recht aan ontleend worden.

Ontbreekt daarentegen een dergelijke rechtsgrond zoals bij beslag, cessie en verpanding, dan werkt het annexatieproces in omgekeerde richting. Niet een mutatie met betrekking tot het vorderingsrecht maar een mutatie ten aanzien van een subjectief recht staat dan centraal. Degene die alsdan een subjectief recht verkrijgt op huurpenningen zal ook een vorderingsrecht moeten verkrijgen, wil hij voldoende in zijn subjectieve recht beschermd worden. De beslaglegger die zich mag verhalen op huurpenningen ter zake van subjectieve rechten van de verhuurder verkeert in een soortgelijke positie. Zijn verhaalsrecht mondt uit in verwezenlijking van subjectieve rechten van verhuurder waarvoor het vorderingsrecht onontbeerlijk is.

De richting van het annexatieproces blijkt dus essentieel te zijn.

Die richting wordt bepaald door de aard van de mutatie:

- staat het vorderingsrecht centraal, dan volgt het subjectieve recht dat vorderingsrecht; de nieuwe verhuurder ex art. 1612 heeft een vorderingsrecht verkregen, dat hem rechtigt, subjectieve rechten op huurpenningen verschuldigd vanaf de overgang van het vorderingsrecht in te roepen;
- staat het subjectieve recht centraal, dan volgt het vorderingsrecht dat subjectieve recht; zo heeft de cessionaris een subjectief recht verkregen, waaraan welhaast vanzelfsprekend ook een vorderingsrecht verbonden dient te zijn.

Welke de richting van het annexatieproces ook is, steeds wordt art. 3:304 gerespecteerd, dat een onverbrekelijk verband tussen vorderingsrecht ('rechtsovergang') en door het vorderingsrecht beschermd subjectief recht vraagt. Men kan het ook zo zeggen, dat de annexatie door art. 3:304 zelf vereist wordt, maar dat de richting van de annexatie — het subjectieve recht volgt het vorderingsrecht of het vorderingsrecht volgt het subjectieve recht — door de aard van de mutatie bepaald wordt.



## 10. VRAAG NAAR CONSEQUENTIES

Tot zover werden de rechtsfiguren contractovergang, beslag, cessie en pand op zichzelf beschouwd. Welke consequenties heeft de annexatieleer nu voor casusposities waarbij die rechtsfiguren cumuleerd en/of geconfronteerd worden met surséance of faillissement?

## 11. SURSÉANCE VS. FAILLISSEMENT

Vooropgesteld kan worden dat een surséance van betaling in deze geen principieel andere behandeling vraagt dan een faillissement. Ook door een surséance verliest de schuldenaar immers de bevoegdheid om zelfstandig over zijn vermogen te beschikken. Zie het arrest Veenendaal q.q./Hogeslag onder aanhaling van art. 228 Fw en referete aan de wetsgeschiedenis van art. 35 Fw.<sup>7</sup> De surséance blijft hieronder dan ook verder buiten beschouwing.

## 12. FAILLISSEMENT EN TOEKOMSTIGE SUBJECTIEVE RECHTEN

Voorts staat vast, dat een faillissement van degene die een toekomstig subjectief recht vervreemdt, als effect sorteert, dat dit recht in de boedel valt voor het geval het eerst ten tijde van het faillissement zou ontstaan. Ten tijde van het faillissement is vervreemder immers niet meer beschikkingsbevoegd. Zie thans art. 35 lid 2 Fw, dat rechtstreeks betrekking heeft op de levering (waaronder cessie) van toekomstige vorderingen bij voorbaat en zich van overeenkomstige toepassing laat verklaren op de vestiging van een pandrecht op een toekomstige vordering.<sup>8</sup> Zie voor het oude recht onder meer het Visserijfondsarrest en het arrest WUH/Onex.<sup>9</sup> De curator verkrijgt dan ook het vorderingsrecht met betrekking tot zo'n subjectief recht.

7. HR 15 maart 1991, RvdW 1991, 79, Kwartaalbericht Nieuw BW 1991/3, blz. 91 e.v. (H.A.W. Vermeulen).
8. Zie ook o.m.: MvT op de Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW (eerste gedeelte), K 16593, nr. 3, blz. 138, waarover M.M. Olthof, *Recht vooruit*, Deventer 1988, blz. 135 e.v.; F.H.J. Mijnsen, *Kredietverlening naar huidig en komend recht*, preadvies voor de Vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1988, blz. 20; W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding*, diss. Groningen, Arnhem 1987, blz. 297.
9. HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (WMK) resp. HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (G), waarover o.m. Drion/Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, achtste druk, Deventer 1991, nr. 129.

### 13. CONTRACTOVERGANG VS. BESLAG, CESSIE, PAND EN FAILLISSEMENT

Hoe nu te oordelen voor het geval een oud-verhuurder na contractovergang failliet gaat (afgezien van het dadelijk te beoordelen geval dat de na overgang verschuldigde huurtermijnen vòòr het faillissement door een derde beslagen dan wel aan een derde gecedeerd of verpand werden)? Ten tijde van het faillissement beschikt deze oud-verhuurder niet meer over het vorderingsrecht met betrekking tot de huurovereenkomst. Hij kan dus ook geen subjectieve rechten meer ten aanzien van de huurovereenkomst inroepen. Het vorderingsrecht is onvoorwaardelijk ex art. 1612 overgegaan op de nieuwe eigenaar. Voor crediteuren van de verhuurder is het dus zaak dat zij een overgang van het vorderingsrecht voorkomen door tijdig zijn faillissement of surséance aan te vragen. Zij kunnen echter ook de huurovergang voor hen zelf onschadelijk maken door voor de huurovergang beslag te leggen op de toekomstige subjectieve rechten — de in de toekomst verschuldigde huurtermijnen — dan wel zich deze te laten te cederen of verpanden:

- huurovergang na beslag regardeert de beslaglegger niet, aldus de relatieve-prioriteitsregel, die de Hoge Raad in BT afleidt uit art. 475b (inmiddels al weer 475h) lid 1 Rv (nieuw) en het stelsel van art. 3:97 lid 2; zie voor het oude recht het arrest Ede/Ontvanger,<sup>10</sup> waarin de Hoge Raad de regel van art. 475b reeds beslo ten acht, zoals hij uitdrukkelijk vermeldt in BT;
- huurovergang na cessie regardeert de cessionaris evenmin, aldus reeds de Hoge Raad in het arrest De Boer/Haskerveenpolder,<sup>11</sup> hegeen de Hoge Raad ook in BT en kennelijk tevens voor de toekomst uitdrukkelijk als geldend recht aanvaardt;<sup>12</sup>
- huurovergang na verpanding regardeert de pandhouder ook niet, zou ik daar aan willen toevoegen; pand vraagt in deze mede gelet op art. 3:98 geen andere behandeling dan cessie.

Deze regels mogen duidelijk zijn, maar zij roepen wel enige dogmatische vragen op waarvoor het antwoord nog slechts gedeeltelijk in het voorgaande besloten ligt.

10. HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 (PhANH).

11. HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (EMM).

12. Idem een belangrijk deel van de schrijvers. Zie de conclusie van A-G Hartkamp voor BT sub 8a. Zie ook Blom, t.a.p., noten 25-26.

#### 14. DOGMATIEK IN VERBAND MET FAILLISSEMENT

Een toekomstig subjectief recht van de verhuurder-eigenaar dat ontstaat tijdens faillissement valt in de faillissementsboedel als het beslagen, verpand of gecedeerd is voorafgaande aan het faillissement; het valt niet in de faillissementsboedel als het door een contractovergang ex art. 1612 door de wetgever aan de nieuwe verhuurder is toebedeeld voorafgaande aan het faillissement. Vanwaar dit verschil in behandeling?

Bij beslag ligt de situatie eenvoudig. Het toekomstig subjectief recht moge beslagen zijn, maar het beslag gaat op in het faillissement. Het subjectief recht valt dus in de boedel en de curator verkrijgt het daaraan verbonden vorderingsrecht.

Voor verpande of gecedeerde, toekomstige vorderingen, die bij verkrijging ook in het faillissement vallen (zie nr. 12), geldt in beginsel hetzelfde. Deze subjectieve rechten vereisen ook een vorderingsrecht ten gunste van de curator, dit ten behoeve van in beginsel alle crediteuren.

Dat het vorderingsrecht in deze de status van het subjectieve recht volgt en dus ook bij de curator gaat berusten, laat zich verklaren vanuit de reeds sub 9 behandelde annexatieleer.

Voor de contractovergang ex art. 1612 geldt iets anders. Deze impliceert anders dan beslag, pand en cessie primair een onmiddellijke overgang van het vorderingsrecht van de oude verhuurder op de nieuwe verhuurder. Dit vorderingsrecht impliceert de bevoegdheid om toekomstige subjectieve rechten jegens huurder uit hoofde van de huurovereenkomst in te roepen en annexeert dus die subjectieve rechten ten nadele van de faillissementsboedel. Sub 9 zagen wij ook reeds, dat die annexatie op grond van de huurovergang gerechtvaardigd wordt.

Aldus verklaart de annexatieleer het verschil in behandeling bij faillissement tussen beslag, pand en cessie enerzijds en contractovergang ex art. 1612 anderzijds.

#### 15. DOGMATIEK BUITEN FAILLISSEMENT

Degene die derdenbeslag legt op toekomstige subjectieve rechten van verhuurder dan wel zich toekomstige subjectieve rechten van verhuurder laat cederen of verpanden, behoeft een vorderingsrecht uit hoofde van een latere contractovergang ex art. 1612 niet tegen zich te laten gelden. Hoe laat zich dit dogmatisch bezien verklaren? Er is

toch geen beslag op dat vorderingsrecht gelegd resp. dat vorderingsrecht is toch niet gecedeerd of verpand?

Juist blijft, dat het vorderingsrecht niet rechtstreeks door beslag, cessie of verpanding getroffen wordt. Toch komt aan de verhuurder op het moment van de overgang geen vorderingsrecht meer toe (in geval van voorafgaande cessie) of is zijn vorderingsrecht althans aanzienlijk ingeperkt (zoals bij het beslag en de verpanding). Dat vorderingsrecht is immers reeds geannexeerd ten gunste van de beslaglegger, cessionaris, of pandhouder. Deze behoeft dan ook niet bevreesd te zijn voor een hem duperende overgang van het vorderingsrecht. Blom lijkt dit te miskennen.<sup>13</sup> Zo niet de Hoge Raad, die in BT overweegt, dat de in een contractovergang van art. 1612 besloten vervreemding van een vorderingsrecht niet kan worden tegengeworpen aan de beslaglegger die voorafgaande aan de overgang beslag had gelegd. Het vorderingsrecht van een beslaglegger, cessionaris, of pandhouder wordt dus niet aangetast, maar is ten gunste van hem geannexeerd in verband met de subjectieve rechten waartoe het bescherming biedt, dus de rechten op huurpenningen ook voor zover deze verschuldigd zijn over de periode na de huurovergang.

Dit veronderstelt wel toepassing van de relatieve-prioriteitsregel van de Hoge Raad: een oudere beschikkingshandeling dient boven een jongere te prevaleren. Zie hiervoor uitgebreid M.M. Olthof.<sup>14</sup> Toegespitst op de annexatieleer geldt dus, dat een oudere annexatie niets te dulden heeft van een jongere. Hanteert men niet die prioriteitsregel dan zou er even veel te zeggen zijn voor annexatie van de subjectieve rechten ten gunste van de vorderingsgerechtigde nieuwe verhuurder als voor annexatie van het vorderingsrecht ten gunste van de subjectief (verhaals)gerechtigde beslaglegger, cessionaris of pandhouder die voorafgaande aan de contractovergang zijn (verhaals)recht op de toekomstige huurpenningen heeft verkregen.

## 16. PRAKTIJK IN VERBAND MET FAILLISSEMENT

Ook voor de praktijk zijn deze verschillen tussen beslag, cessie en verpanding enerzijds en contractovergang anderzijds alleszins begrijpelijk. Wie een huurovereenkomst heeft overgenomen op grond van

13. T.a.p., blz. 72 r.k.

14. Recht vooruit, Deventer 1988, blz. 131 e.v.

art. 1612, zou toch terecht verontwaardigd zijn, indien op zeker moment een curator van de oud-verhuurder de huurpenningen zou opeisen. Crediteuren van een debiteur-verhuurder die zich door beslag, cessie of verpanding bij voorbaat proberen te prioriteren boven andere crediteuren van die debiteur zullen daarentegen begrip moeten kunnen opbrengen voor de omstandigheid dat een faillissement van die debiteur hun rechtspositie kan beïnvloeden.

## 17. PRAKTIJK BUITEN FAILLISEMENT

Voor het overige blijken contractovergang ex art. 1612, beslag, cessie en pand in zoverre met elkaar gelijkgesteld te kunnen worden dat na toepassing van een dezer rechtsfiguren op een toekomstig recht, een tweede toepassing van een van die rechtsfiguren op hetzelfde toekomstig recht geen blokkade opwerpt ten aanzien van de belanghebbende bij de eerst toegepaste rechtsfiguur (met dien verstande dat beslag op beslag in beginsel een verdeling pro rata bewerkstelligt). Dat een faillissement anders kan uitpakken dan zo'n tweede handeling van een der crediteuren ligt voor de hand. Een faillissement dient ter bescherming van in beginsel alle crediteuren — bepaald een fundamenteel, niet slechts een kwantitatief verschil met het beslag<sup>15</sup> — en behoort dus eerder overgang blokkerend effect te verkrijgen dan zo'n tweede contractovergang ex art. 1612, beslag, cessie of pand.<sup>16</sup> Dat beslag aldus ook prioriteit kan scheppen, is geenszins in strijd met de paritas creditorum maar veeleer een toepassing ervan. Anders Cahen,<sup>17</sup> die echter lijkt te miskennen, dat beslag opgaat in faillissement, waarna de curator ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren de oorspronkelijke positie van de beslaglegger inneemt. De crediteur die gedupeerd dreigt te worden door een beslag op toekomstige subjectieve rechten zoals huurpenningen, kan dus via een faillissementsaanvraag alsnog meedelen in de opbrengst van de beslagen goederen. Hij zou ook zelf beslag kunnen leggen en vervolgens de opbrengst met de eerste beslag-

15. Anders A.I.M. van Mierlo, t.a.p., blz. 514.

16. Zie ook PG Inv. Boek 3, blz. 1249; BT, A-G Hartkamp in zijn conclusie voor BT sub 8b en 17 en de daar aangehaalde literatuur, mijn NJ-noot bij BT sub 3c en 4c; HR 10 januari 1992 (Ontvanger Den Bosch/NMB-Postbank), RvdW 1992, 26.

17. T.a.p., blz. 501 e.v.

legger pro rata kunnen delen. Ook dan zou de paritas creditorum verzekerd zijn.

#### 18. ZORG OM DE HYPOTHEEKHOUDER?

Men hoeft ook niet bezorgd te zijn, dat in geval van faillissement zonder voorafgaande beslaglegging, cessie of verpanding de hypotheekhouder die tijdens faillissement ex art. 1612 executeert, niet het vorderingsrecht ten aanzien van de huurpenningen zou kunnen doen overgaan. Hij kan dat wel, zoals de curator dat ook zelf zou hebben gekund als er geen executie door de hypotheekhouder had plaatsgevonden. Hij is daartoe gelegitimeerd door zijn positie van separatist en executant. Een hypotheekhouder kan immers zijn recht uitoefenen alsof er geen faillissement ware (art. 57 Fw) resp. doet dat mede als wettelijk vertegenwoordiger van de schuldenaar (art. 3:268 BW).<sup>18</sup> Buiten faillissement is het duidelijk dat executie van een verhuurd goed door de hypotheekhouder overgang van de huurovereenkomst en (behoudens eerder beslag, eerdere cessie of verpanding) het daaraan te ontlenen vorderingsrecht op de nieuwe eigenaar bewerkstelligt, zulks ex art. 3:268 jo. 7A:1612. Gelet op art. 57 valt niet in te zien, dat tijdens faillissement anders geoordeeld zou moeten worden. Aangezien door de overgang van het vorderingsrecht ook de toekomstige huurpenningen ten gunste van de nieuwe eigenaar geannexeerd worden, behoeft de hypotheekhouder hierom dus niet bezorgd te zijn voor een lagere opbrengst tijdens faillissement.<sup>19</sup>

De zorgen omtrent de positie van de hypotheekhouder zijn ook uit andere hoofde wat overdreven. Veelal zal hij een huurbeding kunnen inroepen, zodat er geen huurpenningen na de overdracht van het onroerend goed verschuldigd behoeven te zijn. In plaats daarvan had hij zich ook de toekomstige huurpenningen voorafgaande aan de contractovergang kunnen laten verpanden of cederen en had hij zijn aldus gerealiseerde rechten op huurpenningen kunnen laten overgaan op de nieuwe verhuurder. Toekomstige subjectieve rechten terzake zouden dan wel bij verkrijging in het faillissement vallen, maar daar heeft de hypotheekhouder die voor of snel tijdens faillissement executeert niet resp. nauwelijks last van.

Voorts valt te denken aan een vruchtgebruik voor de hypotheek-

18. Zie ook mijn annotatie onder BT sub 5a.

19. Een alternatieve oplossing voor het probleem van Blom, t.a.p., nr. 6.



houder op het verhuypotheceerde goed.<sup>20</sup> Ook rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract maakt een einde aan het probleem.<sup>21</sup>

#### 19. PACHTOVERGANG IN PLAATS VAN HUUROVERGANG

Het ligt voor de hand dat dit alles niet slechts geldt voor een contractovergang ex art. 1612, maar eveneens voor de sterk verwante contractovergang van art. 34 Pw.

#### 20. CONTRACTOVERNAME IN PLAATS VAN HUUROVERGANG

Hoe ligt het echter bij een contractovername ex art. 6:159? Niet valt in te zien dat een contractovername — paulianeus en ander onrechtmatig gedrag daargelaten — anders zou moeten worden beoordeeld dan een overgang ex art. 1612. Wie denkt, dat een crediteur zo wel heel gemakkelijk een prioriteitspositie voor de mogelijkheden tot verhaal op toekomstige subjectieve rechten van zijn debiteur kan krijgen, omdat hij na de contractovername ook ten aanzien van toekomstige subjectieve rechten bestand is tegen een faillissement van de debiteur vergist zich. Anders dan bij het beslag, de cessie of de verpanding gaan bij een contractoverneming immers ex art 6:159 lid 2 ook de verplichtingen van de debiteur op de contract overnemende crediteur over.

#### 21. SUBROGATIE IN PLAATS VAN HUUROVERGANG

Voor de subrogatie van afdeling 6.2.2 geldt in wezen het zelfde. Subrogatie moge geen contractovergang zijn, het is wel een indeplaatsstelling van de crediteur, die een overgang van de bron van de subjectieve rechten en daarmee van het vorderingsrecht op de nieuwe crediteur impliceert. Ook bedenke men, dat aan die indeplaatsstelling een prijskaartje is verbonden: de betaling van de schuld van de oorspronkelijke debiteur aan de oorspronkelijke crediteur. Zie art. 6:150. Intussen bedenke men wel dat subrogatie door betaling van een nog niet bestaande vordering — en daar gaat het uiteraard om binnen de context van de toekomstige subjectieve rechten — niet voor de hand ligt.

20. Zie voor de vruchtgebruikconstructie W.M. Kleijn, *Recht vooruit*, Deventer 1988, blz. 108-109; zie voor het overige mijn BT-noot sub 5b-c.

21. Zie wel r.o. 3.4, laatste al. van BT, waarover mijn NJ-annotatie sub 5c jo. de conclusie van A-G Hartkamp voor BT sub 20.

## 22. CONCLUSIE

Daar waar beslaglegger, cessionaris, nieuwe contractpartij bij duurovereenkomst en pandhouder elkaar bevechten om hun rechtspositie ten aanzien van toekomstige vorderingen, laten zich minstens drie gezichtspunten aanwijzen die richting kunnen geven aan de oplossing van de conflicten. In de eerste plaats blijft de prioriteitsregel van belang, dit bij de waardering van opvolgende beschikkingshandelingen met betrekking tot een zelfde toekomstige vordering, zulks met inbegrip van beslagen behoudens in hun onderlinge verhouding. In de tweede plaats doet zich nog steeds het beginsel van de *paritas creditorum* gelden, dit bij faillissement en bij opvolgende beslagen met betrekking tot een zelfde toekomstige vordering. Aan die twee gezichtspunten valt dan een derde toe te voegen: de annexatieleer. Deze leer vindt een wettelijke basis in art. 3:304: vorderingsrecht en subjectief recht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, zodat een nieuwe vorderingsgerechtigde ook het toekomstige subjectieve recht verkrijgt dan wel — afhankelijk van de aard van de mutatie — aan de in de toekomst subjectief gerechtigde het vorderingsrecht toekomt. Zij verklaart waarom een toekomstige vordering die beslagen, geceedeerd of verpand is, wel in de faillissementsboedel valt en een toekomstige vordering uit hoofde van een duurovereenkomst die van crediteur is verwisseld, niet. Zij verklaart tevens waarom een verwisseling van de crediteur van een duurovereenkomst die voorziet in een overgang van het vorderingsrecht op de nieuwe schuldeiser toch niet aan de beslaglegger, cessionaris en pandhouder kan worden tegengeworpen, ook al heeft een beslag, een cessie resp. verpanding niet rechtstreeks betrekking op dat vorderingsrecht.

De praktische consequenties van deze gezichtspunten zijn alleszins aanvaardbaar, zowel in als buiten faillissement, ook voor de hypotheekhouder.



# Het nieuwe vermogensrecht en het gezondheidsrecht

*B. Sluyters\**

## 1. INLEIDING

Het gezondheidsrecht is voor een deel civiel recht. Het grootste stuk van dat deel is vermogensrecht. Het behelst onder meer de verhouding tussen patiënt en beroepsbeoefenaar en instelling (de geneeskundige behandelingsovereenkomst, het medisch aansprakelijkheidsrecht), tussen beroepsbeoefenaar en instelling (de toelatingsovereenkomst van de specialist), tussen beroepsbeoefenaren onderling (de maatschapsovereenkomst), tussen ziekenfonds en beroepsbeoefenaar en instelling (de medewerkerovereenkomst). De invoering van het nieuw BW heeft natuurlijk op tal van manieren invloed op deze verhoudingen.<sup>1</sup> Die invloed is het meest specifiek in het medisch aansprakelijkheidsrecht. Daarover zal ik hierna schrijven.

Ik zal niet schrijven over het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst.<sup>2</sup> Daardoor zal een nieuwe bijzondere overeenkomst aan boek 7 van het Burgerlijk Wetboek worden toegevoegd. Die regeling van een aantal belangrijke patiëntenrechten (op informa-

\* Prof. mr B. Sluyters is als advocaat verbonden aan het kantoor De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam en tevens werkzaam als bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Ik noem twee voorbeelden die niet van groot praktisch belang zijn. In art. 6:106 is nu vastgelegd dat aanspraak bestaat op smartegeld bij aantasting in de persoon. Deze verruiming kan van betekenis zijn in geval van mislukte sterilisatie omdat in zo'n geval waarschijnlijk niet van 'letsel' kan worden gesproken. Volgens art. 6:200 heeft de zaakwaarnemer in de uitoefening van een beroep recht op loon. Deze regel kan van betekenis zijn voor de arts van een bewusteloos binnengedragen persoon
2. TK 1989-1990, 21561 nrs. 1-5, TK 1990-1991, 21561, nrs. 6-10. In de L.v. Antw. II, Parl. Gesch. Boek 6, Invw. 3, 5 en 6, 1390 wordt op de verhouding met het wetsvoorstel gewezen.

tie, toestemming, geheimhouding etc.) zal natuurlijk het civielrechtelijk gezondheidsrecht het meest beïnvloeden. Ik zal er in dit artikel niet op ingaan, omdat het nog geen geldend recht is en omdat er genoeg apart over geschreven wordt.<sup>3</sup>

## 2. CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VOOR HULPPERSONEN

Volgens artikel 6:76 BW is een schuldenaar die bij de uitvoering van een verbintenis (vooral: uit overeenkomst) gebruik maakt van de hulp van andere personen, voor hun gedragingen aansprakelijk op gelijke wijze als voor eigen gedragingen. Deze regel gaf onder het oude recht ook de heersende leer<sup>4</sup> weer, maar was toen toch niet geheel onbetwist. Zo bepleitte Mijnsen<sup>5</sup> een beperking op te nemen die thans wel te vinden is in artikel 77: aansprakelijkheid wordt niet aanvaard als dat onredelijk zou zijn 'gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval'. Zulk een uitzondering zou juist in de gezondheidszorg van praktische betekenis hebben kunnen zijn, evenals de in het verleden door anderen voorgestane beperking tot resultaatsverbintenissen.<sup>6</sup> Ook in de wetsgeschiedenis is over de vraag of de hoofdregel van artikel 76 (6.1.8.3) beperkt zou moeten worden, gediscussieerd. In die discussie zijn herhaaldelijk voorbeelden uit de gezondheidszorg genoemd.<sup>7</sup>

In de per 1 januari jl. ingevoerde wettekst vindt men dus geen restrictie.<sup>8</sup> Dat betekent niet dat toepassing van artikel 76 geen

3. B. Sluyters, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, WPNR 5982 (1990), 761-768 en daar opgegeven literatuur en: C.C.M. Nadorp-van der Borg, Kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen binnen het ziekenhuis, TvGR 1990, 426-444; W.P. Rijksen, Medisch Contact 1991, 1220-1222; E.T.M. Olsthoorn-Heim, Medisch Contact 1991, 1177-1179; H.J.J. Leenen, Medisch Contact 1991, 1034; F.C.B. van Wijmen, AA 1991, 307-315; J.P. Vandembroucke, Ned. Tijdschrift voor geneeskunde (1991), 1023.
4. Asser-Hartkamp I (1988), 265.
5. F.H.J. Mijnsen, Fouten van hulppersonen (1978), 28.
6. Hofmann-Drion-Wiersma (1968), 260.
7. Zie V.V.II en MvA II in Parl. Gesch. Boek 6, 267-272.
8. Let nog wel dat de schuldenaar voor gedragingen van de hulppersoon aansprakelijk is 'op gelijke wijze als voor eigen gedragingen'. Een eigen gedraging wordt de schuldenaar op grond van artikel 6:75 niet toegerekend onder meer als zij krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen niet voor

problemen kent. Juist in de gezondheidszorg kan groot verschil van mening ontstaan over de vraag of een gedraging is verricht ter uitvoering van een door de schuldenaar op zich genomen verbintenis, dan wel ter uitvoering van een eigen verbintenis (van degene die handelde) of die van een derde. Als in een ziekenhuis een verpleegkundige een (in opdracht van een zelfstandig gevestigd specialist gegeven) injectie verkeerd toedient, kan men zeer wel argumenteren dat de injectie wordt toegediend ter uitvoering van een door het ziekenhuis op zich genomen verbintenis.<sup>9</sup>

Van mening kan men ook verschillen over de vraag of personen in dienst van een laboratorium die in opdracht van een huisarts onderzoek verrichten diens hulppersonen zijn. Naar ik meen is dat zo.<sup>10</sup> Discussie is eveneens mogelijk over de vraag of als een waarnemer een fout maakt, hij dat doet in het kader van de uitvoering van een verbintenis van de waargenomene of in het kader van de uitvoering van een eigen verbintenis. Wederom is de vraag: heeft de waargenomene zich ook in dit opzicht tot een behoorlijke hulpverlening verbonden, of heeft hij slechts bemiddeld? Naar mijn mening is voor waarneming een algemene regel niet te geven. Beslist moet worden aan de hand van de voor de patiënt kenbare omstandigheden.<sup>11</sup>

### 3. CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VOOR HULPZAKEN

Artikel 6:77 houdt de contractant die bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, aansprakelijk, tenzij dit, gelet op de inhoud en strekking van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de overige omstandighe-

zijn rekening komt.

9. Zie uitspraken opgenomen in *Onrechtmatige Daad VIII* (Michiels van Kessenich-Hoogendam), nr. 226 en B. Sluyters, *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis* (1984), 14-15 en 48. Zie ook de *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 6, 271.
10. Sluyters, 1984, 40. Anders: Asser-Coehorst (1988), 51 en Hofmann-Drion-Wiersma (1968), 260.
11. Wel aansprakelijkheid bijvoorbeeld bij niet aangekondigde waarneming van een huisarts gedurende vakantie in diens praktijkhuis; geen aansprakelijkheid in geval van waarneming tijdens een doktersnachtdienst. Zie over waarneming: G.J.A. Hamilton, *Waarneming in de huisartsenpraktijk*, TvGR (1979), 1-7; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten* (1982), 94-97; B. Schultz, TvGR (1977), 275 en B. Sluyters, *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis* (1984), 40.

den, onredelijk zou zijn. Deze regel gold onder het oude recht ook, zij het alleen voor resultaatsverbintenissen.<sup>12</sup>

In artikel 77 vindt men dus, in tegenstelling tot artikel 76, wèl een ontsnappingsclausule. Ter rechtvaardiging voor het onderscheid wordt in de memorie van antwoord<sup>13</sup> opgemerkt dat aansprakelijkheid voor zaken in feite leiden kan tot aansprakelijkheid voor een aanzienlijk omvangrijker kring van personen dan die omschreven in artikel 76.<sup>14</sup>

Over de toepassing van artikel 77 in de gezondheidszorg vindt men in de memorie van antwoord<sup>15</sup> de opmerking dat in geval een arts of een ziekenhuis wordt aangesproken op grond van falende apparatuur, de mogelijkheid moet open blijven dat de vordering wordt afgewezen. Over het in deze situatie hanteren van de uitzonderingsclausule wordt, mede naar aanleiding van deze passage, zeer verschillend gedacht. Volgens Asser-Coehorst (1988), 48 blijkt uit deze passage dat arts en ziekenhuis niet aansprakelijk zijn voor zaken. Dat lijkt mij niet juist. In de passage wordt de mogelijkheid een vordering af te wijzen open gelaten. De memorie laat de zaak dus in het midden. Hondius<sup>16</sup> noemt de passage ongelukkig. Met Nadorp-Van der Borg, Schoonenberg en mijzelf pleit hij voor onverkorte toepassing van de hoofdregel in de verhouding arts en ziekenhuis/patiënt.<sup>17</sup> Door Hof Amsterdam, 7 januari 1988, TvGR 1988/99 werd echter aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor een gebrekkige pacemaker niet geaccepteerd. Het Hof anticipeerde op de uitzonderingsclausule van artikel 77.<sup>18</sup>

12. Zie Contractenrecht VI, nr. 798, HR 13 december 1968, NJ 1969, 174, nt G.J.S. (Polyclens). Zie Asser-Hartkamp I (1988), nr. 329.

13. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, 270.

14. Zie voorts Asser-Hartkamp I (1988), nr. 329.

15. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, 271-272.

16. E.H. Hondius, Produktenaansprakelijkheid in het ziekenhuis, TvGR 1990, 422.

17. E.H. Hondius en C.C.M. Nadorp-Van der Borg, De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het burgerlijk wetboek, TvGR 1988, 22; R.M. Schoonenberg, De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken, TvGR 1987, 81-92; B. Sluyters, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis (1984), 42.

18. Zie over het onderwerp hulpzaken en medische aansprakelijkheid: Contractenrecht VI (C.A. Streefkerk) nr. 798a, met uitgebreide literatuuropgave. Zie voorts Asser-Hartkamp I (1988), nr. 329.

#### 4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONRECHTMATIGE GEDRAGINGEN VAN NIET-ONDERGESCHIKTE OPDRACHTNEMERS

Een centraal probleem van ziekenhuisaansprakelijkheid is dat in verreweg de meeste ziekenhuizen de meeste artsen niet in dienstverband werken, maar als zelfstandig beroepsbeoefenaar tot het ziekenhuis zijn toegelaten. Er is wel betoog<sup>19</sup> dat zelfstandige specialisten als ondergeschikten van het ziekenhuis beschouwd moeten worden, maar dat betoog is door andere schrijvers niet aanvaard.

Als patiënt kan men dus verzeild raken in de problematiek dat niet duidelijk is wie men aan zou kunnen spreken voor welke fouten. Bij voorkeur zou men voor alle fouten binnen de ziekenhuismuren gepleegd, op één centraal adres terecht moeten kunnen.<sup>20</sup> Om deze problematiek op te vangen is in het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst voorgesteld centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis in te voeren in artikel 1653q.<sup>21</sup>

In het op 1 januari jl. ingevoerde wetboek vindt men al een bepaling, artikel 6:171, waarvan men zich kan afvragen of zij de problemen niet al ondervangt. Volgens dit artikel is iemand aansprakelijk indien een niet-ondergeschikte in zijn opdracht werkzaamheden verricht ter uitoefening van zijn bedrijf en daarbij een fout maakt.

In de eerste plaats rijst de vraag of een ziekenhuis een bedrijf uitoefent. De wetsgeschiedenis verschaft niet de gewenste duidelijkheid. De regeringscommissaris heeft tijdens mondeling overleg met de Kamercommissie op een vraag geantwoord niet uit te sluiten dat een ziekenhuis een bedrijf heeft.<sup>22</sup> Voorts wordt in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst opgemerkt dat uit artikel 171 (6.3.2.3) aansprakelijkheid voor

19. Aldus G.J. de Groot, *Moderne ontwikkelingen rond de medische aansprakelijkheid van het ziekenhuis*, TvGR (1980), 184-185. Hiertegen: B. Sluyters, *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis* (1984), 46.

20. Daarvoor hebben al jaren lang diverse schrijvers gepleit, Zie J.J.M. Maeyer, *De Aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team*, pre-advies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1970, 59 en 67; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten* (1982), 108; B. Sluyters, *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis* (1984), 45.

21. Zie voor ernstige kritiek op de bepaling C.C.M. Nadorp-Van der Borg, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen binnen het ziekenhuis*, TvGR 1990, 441-444. Zij stelt een gewijzigde tekst van artikel 1653q voor.

22. Parl. Gesch. Boek 6, 730.

buiten dienstverband in het ziekenhuis werkzame hulpverleners kan voortvloeien.<sup>23</sup> Daarbij wordt echter slechts verwezen naar de zojuist genoemde uitlating van de regeringscommissaris. Uit deze uitlating kan in elk geval worden afgeleid dat winstoogetmerk in de ogen van de wetgever geen strikte voorwaarde is voor bedrijfsuitoefening. (Winstoogetmerk mag een ziekenhuis niet hebben.<sup>24</sup>)

Het ziekenhuis is in elk geval wèl een onderneming in de zin van de Wet op de ondernemingsraden. De oorspronkelijke wettekst van artikel 171 hanteerde de begrippen onderneming en bedrijf. Het begrip onderneming komt in de uiteindelijke wettekst niet meer voor maar wordt nog wel als synoniem van 'bedrijf' gebruikt in de memorie van antwoord II en het mondeling overleg.<sup>25</sup> Ik meen gezien het bovenstaande dat een ziekenhuis een 'bedrijf' uitoefent in de zin van artikel 171.<sup>26</sup>

Wanneer men ervan uitgaat dat een ziekenhuis een bedrijf uitoefent rijst in de tweede plaats de vraag of men kan volhouden dat een zelfstandig specialist ooit werkt ter uitoefening van het bedrijf van het ziekenhuis. De specialist werkt immers in zijn eigen zelfstandig beroep. Nu moet men echter de woorden 'ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever' waarschijnlijk ruim opvatten. In de wetsgeschiedenis wordt als belangrijkste voorbeeld van de toepassing van artikel 171 genoemd: onderaanneming.<sup>27</sup> Welnu, de onderaannemer oefent strikt genomen zijn eigen bedrijf uit en niet dat van de hoofdaannemer.<sup>28</sup> In de memorie van toelichting worden tegenover elkaar gesteld: de onderaannemer, voor wie de aannemer wèl aansprakelijk is en de bezorger van bouw materiaal voor wie de aannemer niet aansprakelijk is, omdat de benadeelde de leverancier en de aannemer niet als een eenheid kan beschouwen. De patiënt kan

23. TK 1989-1990, 21561, nr. 3, pag. 43.

24. Voor erkenning op grond van de Ziekenfondswet en de AWBZ is het ontbreken van winstoogetmerk noodzakelijk.

25. Parl. Gesch. Boek 6, 726 en 729-730.

26. G.J. de Groot, TvGR 1980, 186 laat in het midden of deze opvatting juist is. C.J.M. Klaassen, Risicoaansprakelijkheid (1991), 67 acht een ziekenhuis zonder meer een 'bedrijf' in de zin van art. 171. Steeds als er als een eenheid wordt opgetreden is er sprake van bedrijfsuitoefening in de zin van art. 6:171, aldus Klaassen.

27. Zie de MvT in Parl. Gesch. Boek 6, 719-720.

28. F.T. Oldenhuis, Mon. NBW, nr. 46, (1985), 83; C.J.M. Klaassen, Risicoaansprakelijkheid (1991), noot 197.

ziekenhuis en specialist zeker wèl als eenheid beschouwen. Niettemin kan, naar ik meen, het ziekenhuis wegens fouten van de specialist niet op grond van artikel 171 worden aangesproken.

G.J. de Groot<sup>29</sup> heeft betoogd dat in het geval van een ziekenhuis waarin zelfstandige specialisten werken en medische handelingen verrichten, de specialisten niet vallen binnen het (dan) niet medische bedrijf van het ziekenhuis. Bovendien gaat het om beroeps-handelingen terwijl artikel 171 er van uitgaat dat het artikel op bedrijfshandelingen betrekking heeft. Ik betwijfel of deze beide argumenten opgaan. Het karakter van het werk van personen in dienst van het ziekenhuis enerzijds en zelfstandige specialisten anderzijds verschilt niet zo zeer dat daardoor ten opzichte van een derde (de patiënt) de eenheid van het bedrijf van het ziekenhuis doorbroken wordt. Verder stelt artikel 171, naar ik meen wèl de eis dat de opdrachtgever een bedrijf uitoefent, maar niet dat dit vereiste ook geldt voor de opdrachtnemer. Dat zou tegenover de derde die met het bedrijf als eenheid te maken krijgt, niet aanvaardbaar zijn.<sup>30</sup>

Doorslaggevend lijkt mij het argument dat de zelfstandig werkende specialist die zelf een geneeskundige behandelingsovereenkomst met de patiënt heeft gesloten en daarvoor van die patiënt (of diens verzekeraar) een vergoeding ontvangt niet werkt ter uitoefening van het bedrijf van het ziekenhuis. Het verschil met de in de wetsgeschiedenis besproken situaties van onderaanneming en ondervoer is dat daar de cliënt zelf alleen in relatie treedt met — en een vergoeding betaalt aan — de hoofdaannemer en de hoofdvervoerder en dat daar niet voor de cliënt kenbaar de eenheid van het bedrijf doorbroken is.

Wel is, naar ik meen, vaak zeer goed mogelijk dat de patiënt uit de feiten zoals die zich aan hem voordoen moet afleiden dat hij slechts met het ziekenhuis een overeenkomst sluit die zowel op de medische dienstverlening als op de verpleging etc. betrekking heeft. Dit is het geval in situaties waarin voor de patiënt niet kenbaar is dat de specialist als zelfstandig ondernemer optreedt en bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen wordt opgewekt dat hij in alle opzichten met het ziekenhuis contracteert.<sup>31</sup> Het ziekenhuis is dan contractueel

29. TvGR 1980, 186-187.

30. Vergelijk de opmerkingen van de regeringscommissie in het mondeling overleg, Parl. Gesch. Boek 6, 729-730.

31. Deze opvatting verdedigde ik in *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis* (1984), 44-45, en in een pre-advies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht



ten opzichte van de patiënt aansprakelijk voor de beroepsfouten van de zelfstandige specialist. De vraag of het ziekenhuis dan tevens delictueel, uit hoofde van artikel 171 aansprakelijk is voor beroepsfouten van de specialist, is dan niet meer van groot gewicht. Zij moet in de situatie waarin bij de patiënt het gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt slechts met het ziekenhuis gecontracteerd te hebben overigens, naar ik meen, wèl bevestigend worden beantwoord.

Uit het bovenstaande volgt dat artikel 171 geen oplossing geeft voor de problematiek van de ziekenhuispatiënt die niet weet wie hij aan moet spreken en dat dus behoefte blijft bestaan aan invoering van de centrale ziekenhuisaansprakelijkheid neergelegd in het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst.

##### 5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBREKKIGE EN ONGESCHIKTE ZAKEN

Produktenaansprakelijkheid is in Nederland al in november 1990 ingevoerd. De regeling heeft nu zijn plaats in de artikelen 6:185-193. Het is mogelijk dat een ziekenhuis of een spermabank als producent aansprakelijk wordt gesteld voor bloed, sperma of een orgaan dat een gebrek vertoont.<sup>32</sup> Zeer waarschijnlijk kunnen immers bloed, sperma en organen ook als producten worden beschouwd. De toekomst zal moeten leren wanneer deze producten een 'gebrek' vertonen, dat wil zeggen niet de veiligheid bieden die men daarvan verwachten mag.

Arts en ziekenhuis kunnen sinds 1 januari 1992 voorts delictueel aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6:173 (6.3.2.5) en wel indien zij bezitter zijn van een roerende zaak waarvan bekend is dat, als deze niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar oplevert. (Als de zaak wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf rust de aansprakelijkheid niet op de bezitter, maar op degene die het bedrijf uitoefent; zie artikel 6:181. Ook voor dit artikel is het antwoord op de vraag of een ziekenhuis een bedrijf uitoefent dus, net als voor art. 6:171, relevant.)

De betekenis van artikel 173 is door het tweede lid praktisch beperkt tot gevallen waarin het gebrek eerst is ontstaan nadat het

van 1974, medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland.

32. E.H. Hondius, Produktenaansprakelijkheid in het ziekenhuis, TvGR 1990, 414-425 en daar vermelde literatuur.



produkt in het verkeer is gebracht. In andere gevallen is louter de producent aansprakelijk.<sup>33</sup>

Opvallend is dat artikel 173 niet de beperkende clausule bevat die in artikel 77 wèl voorkomt. Het kan dus voor een patiënt wellicht de voorkeur verdienen uit onrechtmatige daad te ageren. In de meeste gevallen van aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis is immers zowel een actie uit overeenkomst als uit onrechtmatige daad mogelijk. Waarschijnlijk moet echter aangenomen worden dat in dit geval van samenloop de onrechtmatige daad-regel van artikel 173 wordt verdrongen door de contractuele regel van artikel 77.<sup>34</sup> Dat is, ter vermindering van discrepantie, een reden te meer de hoofdregel van artikel 77 in medische zaken toe te passen en de ontsnapingsclausule buiten beschouwing te laten.

## 6. CONCLUSIE

De regels van het per 1 januari jl. van kracht geworden BW, over de aansprakelijkheid voor zaken (artikelen 6:77 en 173) en niet-ondergeschikte opdrachtnemers (artikel 6:171) zijn voor het medisch aansprakelijkheidsrecht van bijzondere betekenis. Welke veranderingen deze regels teweeg zullen brengen zal de jurisprudentie moeten leren. Wat aansprakelijkheid voor zaken betreft pleitte ik voor een ruime aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis voor hulpzaken (onverkorte toepassing van de hoofdregel van artikel 6:77). Wat artikel 6:171 betreft schreef ik te menen dat op het artikel geen aansprakelijkheid van het ziekenhuis kan worden gebaseerd voor fouten van de specialist, die als zelfstandig ondernemer een behandelingsovereenkomst met de patiënt heeft gesloten. Aan een wettelijke regel over centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis, in te voeren bij de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst, blijft dus behoefte bestaan.

33. Tenzij het bedrag van de zaakschade valt binnen de franchise van artikel 6:190.

34. Aldus uitdrukkelijk de memorie van toelichting op het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst TK 1989-1990, 21516, nr. 3, pag. 44. Zie over het onderwerp B. Sluyters, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis (1984), pag. 43-44 en daar aangehaalde literatuur, die tot dezelfde conclusie leidt. Zie voorts C.J.M. Klaassen, Risicoaansprakelijkheid (1991), die op pag. 338 na een uitvoerige beschouwing tot de conclusie komt dat de contractuele bepalingen in principe prevaleren.

# Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?

*Taco van Peijpe\**

## 1. DE PLAATS VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST IN HET BW

De arbeidsovereenkomst heeft sinds 1907 een eigen plaats als bijzondere overeenkomst in het BW. Vanouds was dat de zevende titel A van het vierde boek (thans van Boek 7A) in de toekomst zal dat zijn titel 10 van boek 7.<sup>1</sup> Op de bijzondere overeenkomsten in het BW zijn de algemene bepalingen van het overeenkomstenrecht (titel 6.5) van het verbintenissenrecht (6.1) en van het vermogensrecht (3.1) van toepassing evenals de vermogensrechtelijke bepalingen betreffende rechtshandelingen (3.2).<sup>2</sup> Een en ander vloeit voort uit de gelaagde structuur die in het nieuwe BW doelbewust en duidelijker dan in het oude BW is uitgedrukt. Men kan zich de regeling van de arbeidsovereenkomst (artikelen 1637a-1639dd) denken als de kern van een stelsel van bepalingen waaromheen een schil ligt van eveneens toepasselijke bepalingen van overeenkomstenrecht, die weer is omgeven door een schil van verbintenissenrecht en vervolgens door een van algemeen vermogensrecht.

De invoering van de boeken 3, 5 en 6 van het NBW is aanleiding tot diverse beschouwingen over de relevantie van de algemenere BW-bepalingen voor de arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst.<sup>3</sup> De kernvraag in die beschouwingen luidt veelal of de

\* Mr T. van Peijpe is als universitair hoofddocent verbonden aan de Afdeling sociaal recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Zie over het voorontwerp titel 7.10 het SER-advies nr. 91/20 van 20 september 1991.
2. De andere titels van boek 3 (vermogensrecht) en boek 6 (verbintenissenrecht) kunnen nauwelijks relevant zijn voor de arbeidsovereenkomst.
3. Zie o.a.: H.C.F. Schoordijk, De consequenties van de invoering van titel 3.2. NBW voor het burgerlijk ontslagrecht, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht (Frenkel-bundel)*, Deventer 1986; P.F. van der Heijden (red.) e.a., *De arbeids-*

regeling van de arbeidsovereenkomst als *lex specialis* aan de algemenere BW-bepalingen derogeert. Voor het antwoord op die vraag kan men niet volstaan met de constatering dat de arbeidsovereenkomst een bijzondere overeenkomst is. Uit het systeem van het BW, met name de eerder genoemde gelaagde structuur, vloeit immers voort dat die algemenere bepalingen in beginsel juist wel van toepassing zijn.<sup>4</sup> Op dit uitgangspunt bestaan uitzonderingen, waarvoor soms een aanknopingspunt is te vinden in de desbetreffende algemene bepaling. Een voorbeeld biedt artikel 3:40, derde lid BW: rechtshandelingen in strijd met de wet zijn nietig (c.q. vernietigbaar) tenzij de geschonden wetsbepaling daartoe niet strekt. In het arbeidsrecht laat zich dit illustreren met het in dienst nemen van een buitenlandse werknemer zonder dat de werkgever de daartoe vereiste vergunning bezit. Zulks levert wel strafbaarheid van de werkgever op maar geen nietigheid van de arbeidsovereenkomst wegens strijd met de wet.<sup>5</sup> De bijzondere arbeidsrechtelijke regeling derogeert hier aan de algemene regel volgens welke strijd met de wet nietigheid van de rechtshandeling meebrengt. Ook in gevallen waarin een aanknopingspunt als dat van artikel 3:40, derde lid ontbreekt ontmoet men het argument dat arbeidsrechtelijke bepalingen aan algemenere vermogensrechtelijke bepalingen derogeren. Het arbeidsrecht, of een bepaald onderdeel daarvan zoals het ontslagrecht, heet het dan, vormt een gesloten systeem waarin het algemene vermogensrecht niet doordringt. Dit argument verdient een nadere beschouwing, die ik hieronder zal geven. Daarna sta ik stil bij de vraag in hoeverre het 'lex specialis' argument een rol kan spelen waar algemene bepalingen in het geding zijn die het karakter hebben of benaderen van gecodificeerde rechtsbeginselen.

In de daarna volgende paragrafen zal ik aan de hand van enkele belangrijke uitspraken van de Hoge Raad de betekenis bespreken van

overeenkomst in het NBW, Deventer 1991; P.F. van der Heijden, De *clausula rebus sic stantibus* in het (nieuw) burgerlijk recht artikel 1639w, in: Schetsen voor Bakels, Deventer 1987. Overigens werd ook binnen het kader van het oude BW weleens een dergelijke beschouwing geschreven: H.L. Bakels, Het arbeidsovereenkomstenrecht en het algemene overeenkomstenrecht, SMA 1983, pp. 136-144.

4. Zie bijvoorbeeld A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, dl. A-1 monografieën Nieuw BW, Deventer 1982, hoofdstuk II.
5. HR 27 maart 1981; NJ 1981, 492, m.n. PAS.

respectievelijk 'redelijkheid en billijkheid' en 'strijd met openbare orde en goede zeden' in het arbeidsrecht. Ik zal me daarbij beperken tot het arbeidsovereenkomstenrecht (met name het ontslagrecht) en me in het bijzonder richten op de vraag in welke gevallen de arbeidsrechtelijke regelingen aan de algemene vermogensrechtelijke derogeren. Om illusies te vermijden: een klip en klaar antwoord op de vraag welke regels voorrang hebben is niet te geven. Niettemin lijkt het me belangrijk voor de rechtsvinding op dit terrein een helder en consequent redeneerpatroon te volgen, ook al is de weging van de argumenten aan subjectieve waardering onderworpen. Het gaat erom bij de rechtsvinding in concrete gevallen op een systematische wijze te onderzoeken aan welke regel voorrang moet worden verleend. In de laatste paragraaf geef ik een leidraad voor de argumentatie in deze kwestie.

### *Geen gesloten systeem*

In zijn conclusie voor een recent arrest van de Hoge Raad<sup>6</sup> poneert advocaat-generaal Koopmans de volgende stelling:

'De literatuur staat op het standpunt dat de regels van het ontslagrecht een gesloten systeem vormen, waarnaast in beginsel geen plaats is voor de toepassing van regels ontleend aan het algemene overeenkomstenrecht',

met een verwijzing naar drie vindplaatsen in de literatuur<sup>7</sup> waarvan bij lezing slechts één tot steun van zijn algemene stelling blijkt te kunnen dienen. Het betreft een passage in een introductieboek voor eerstejaars studenten, waarin Rood met het oog op het ontslagrecht maant 'voorzichtig te zijn met de aanvaarding van andere, uit het overeenkomstenrecht afkomstige regels'. Rood geeft in een andere, uit de aard der zaak diepergaande en genuanceerder publikatie blijk

6. HR 20 maart 1992, RvdW 1992, 92 (Nedlloyd/Bras c.s.). Dit arrest wordt hierna in paragraaf 3 besproken. Zoals zal blijken neemt de HR de stelling dat het ontslagrecht een gesloten systeem vormt niet over, al komt hij daar wel dicht bij in de buurt. In een andere uitspraak heeft de HR onlangs de stelling onjuist genoemd dat een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst wegens het gesloten stelsel van de regels betreffende de beëindiging van arbeidsovereenkomst rechtskracht zou ontberen (HR 6 maart 1992, RvdW 1992, 74).
7. M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht* (Arnhem 1990) p. 19; T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht* (diss. Leiden 1986) no. 8.2.2; M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijk rechtelijk ontslagrecht* (Alphen a/d Rijn 1954), p. 87.

van een opvatting die Koopmans' stelling veeleer lijkt te weerspreken:

'Tot welke conclusies geeft het vorenstaande nu aanleiding? In de eerste plaats tot deze, dat de goede trouw wel degelijk een rol speelt in het ontslagrecht gelijk ze dat doet in het gehele arbeidsovereenkomstenrecht'.<sup>8</sup>

In dezelfde geest laat Schoordijk zich uit in zijn opstel De consequenties van de invoering van titel 3.2 NBW voor het burgerlijk ontslagrecht.<sup>9</sup> Schoordijk noemt een tiental voorbeelden van bepalingen uit titel 3.2 die hij zonder meer van toepassing acht op de arbeidsovereenkomst. In een enkel geval (strijd met de goede zeden of de openbare orde) meent hij dat het ontslagrecht aan een algemene vermogensrechtelijke bepaling derogeert, in die zin dat schending van deze bepaling (artikel 3:40) geen nietigheid van het ontslag meebrengt.

De gedachte dat het ontslagrecht of enig ander onderdeel van het arbeidsovereenkomstenrecht een gesloten systeem zou vormen doet mijns inziens geen recht aan de plaats die in onze rechtsorde is toegekend aan de privaatrechtelijke dienstbetrekking als belangrijkste en meest voorkomende juridische vorm waarin een arbeidsverhouding kan worden gegoten. Die plaats is als gevolg van een bewuste keuze van de wetgever gelegen in het centrum van het gecodificeerde vermogensrecht en wel binnen het raam van de obligatoire overeenkomst. Die keus brengt mee dat ervan is afgezien de arbeidsovereenkomst buiten het BW te regelen bijvoorbeeld in een Wetboek van de arbeid.<sup>10</sup> Ook de vorm van de obligatoire overeenkomst als kader van de dienstbetrekking berust op een keuze die niet volkomen vanzelfsprekend is, getuige de andere vorm die gekozen is voor de dienstbetrekking bij de overheid. Op de publiekrechtelijke aanstelling van de ambtenaar zijn de algemene regels van het vermogensrecht niet van toepassing. Beginselen van behoorlijkheid, zorgvuldigheid enzovoort hebben daar hun neerslag gevonden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naast de toepasselijke wettelijke

8. M.G. Rood, Over de goede trouw in het ontslagrecht, in: Blinde vlekken in het sociaal recht (Frenkel-bundel), Deventer 1986, p. 141.

9. Blinde vlekken (zie vorige noot), p. 145.

10. Zulks is wel overwogen, zie bijvoorbeeld: Abraham Kuyper, Een Wetboek van de arbeid, in: W.F. De Gaay Fortman, Architectonische critiek, Fragmenten uit de sociaal-politieke geschriften van Dr. A. Kuyper, Amsterdam 1956, p. 30.

bepalingen. Voor werknemers met een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de particuliere sector gelden die publiekrechtelijke beginselen niet. Zij ontleen echter een vergelijkbare bescherming aan het feit dat de overeenkomst die aan hun dienstbetrekking ten grondslag ligt ingebed is in het privaatrecht waarin redelijkheid en billijkheid een soortgelijke functie vervullen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht. Zulks wordt miskend wanneer men het arbeidsovereenkomstenrecht (c.q. het ontslagrecht) aanmerkt als een gesloten systeem. De consequenties van de keuze voor de obligatoire overeenkomst als rechtsvorm van de dienstbetrekking dienen ten volle te worden aanvaard. Er is geen reden het arbeidsovereenkomstenrecht te beschouwen als een vrijplaats binnen het vermogensrecht waar redelijkheid en billijkheid, goede zeden en openbare orde zich niet zouden kunnen doen gelden. De opvattingen van de Hoge Raad in deze kwestie komen in de volgende twee paragrafen aan de orde. Daar gaat het over de algemene bepalingen inzake redelijkheid en billijkheid en goede zeden en openbare orde. Hier bespreek ik alvast een arrest dat betrekking heeft op een specifiekere vraag, namelijk of de arbeidsrechtelijke regeling inzake schadeplichtigheid op grond van artikel 1639o BW als *lex specialis* derogeert aan de regeling betreffende schadevergoeding wegens wanprestatie in artikel 1282 BW (oud).<sup>11</sup> Het betrof een werknemster die op grond van artikel 1639w BW een rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst had verzocht en verkregen wegens een dringende reden, en die vervolgens op grond van wanprestatie vergoeding vorderde van de schade die zij leed door het verlies van haar dienstbetrekking. De Rechtbank wees deze vordering af

‘omdat ervan dient te worden uitgegaan dat de in 1639o neergelegde regeling als een *lex specialis* is te beschouwen zodat artikel 1282 Burgerlijk Wetboek in dit geval, waarin Deuss op de voet van art. 1639w BW ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht en verkregen, toepassing mist’.

De Hoge Raad verwierp dit standpunt en vernietigde het vonnis. De gedragingen van de werkgever die aanleiding waren tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst hielden tevens een wanprestatie jegens de werknemster in, aldus de Hoge Raad. Deswege was de

11. HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 m.n. PAS (Deuss/Motel Maatschappij Holland NV).

werkgever verplicht tot een ruimere schadevergoeding dan die welke uit de toepassing van de arbeidsrechtelijke bepaling van artikel 1639o zou voortvloeien. De beperkte schadevergoeding die op grond van deze uit 1907 daterende bepaling kan worden toegekend is volgens de Hoge Raad op grond van de rechtsontwikkeling thans niet meer als toereikend te beschouwen. In de wijze waarop de Hoge Raad hier de verhouding tussen een bepaling uit het verbintenissenrecht en een uit het ontslagrecht benadert komt het ontslagrecht niet als een gesloten systeem tevoorschijn. Men houde wel in het oog dat het hier een schadevergoeding betrof, en dat het speciale karakter van het ontslagrecht wellicht zwaarder moet wegen indien de geldigheid van een ontslag in het geding is.

Mijn voorlopige conclusie is, dat vragen betreffende het *lex specialis*-karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht niet a priori kunnen worden beantwoord met de verwijzing naar een gesloten systeem.

### *Beginselen*

Een stap verder gaande, zou ik ten aanzien van sommige algemene vermogensrechtelijke normen de stelling willen verdedigen dat er altijd een beroep op kan worden gedaan, ook daar waar een bijzondere arbeidsrechtelijke regeling voorhanden is. Ik denk hierbij aan normen die het karakter hebben van gecodificeerde algemene rechtsbeginselen. Tot die normen reken ik de heerschappij van redelijkheid en billijkheid, waarvan het hele privaatrecht doortrokken is. Ook het verbod in strijd te handelen met de goede zeden of de openbare orde heeft mijns inziens een beginselkarakter. Wanneer men de gelijkstelling van deze normen met rechtsbeginselen aanvaardt, heeft dat consequenties voor de rechtstoepassing. Aan beginselen is een zekere onbepaaldheid of vaagheid eigen. In hoeverre een beginsel van invloed is bij de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag is een kwestie van afweging. Het gaat om meer of minder, niet om 'alles-of-niets'.<sup>12</sup> Dat brengt mee dat op een beginsel weliswaar te allen tijde een beroep kan worden gedaan, maar dat de uitkomst van dat beroep onzeker is, want afhankelijk van een afwegingsproces. Toe-

12. Vgl. P.W. Brouwer, *Rechtsbeginselen en rechtspositivisme*, in: *Rechtsbeginselen*, thema-nummer *Ars Aequi* oktober 1991, jg. 40, nr. 10, p. 41 (757), onder verwijzing naar Dworkin.



gepast op de verhouding tussen de vermogensrechtelijke redelijkheid en billijkheidsnormen en het arbeidsrecht betekent dit dat het adagium 'lex specialis derogat legi generali' niet opgaat. De verhouding is niet in termen van derogatie te vatten. Veeleer is het zo, dat arbeidsrechtelijke normen een zodanige concretisering van redelijkheid en billijkheid inhouden dat een beroep op redelijkheid en billijkheid zelden iets extra's zou opleveren. Anders gezegd: de arbeidsrechtelijke norm kleurt de algemene beginsel-norm in.<sup>13</sup>

Met de vaststelling dat ook in arbeidsrechtelijke kwesties te allen tijde een beroep kan worden gedaan op redelijkheid en billijkheid is de vraag naar de toepasselijkheid van een bepaling als artikel 6:248, tweede lid grotendeels beantwoord, maar niet geheel. Die bepaling bevat de gedragsnorm dat in redelijkheid en billijkheid gehandeld moet worden. Behalve die norm bevat de bepaling echter ook nog een bepaald rechtsgevolg, dat aan normschending wordt verbonden: een als gevolg van een overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Nog niet beantwoord is de vraag, of in alle gevallen waarin terecht een beroep op redelijkheid en billijkheid wordt gedaan en waarbij toepassing van een als gevolg van een overeenkomst geldende regel onaanvaardbaar zou zijn het in 6:248, tweede lid vervatte rechtsgevolg intreedt, te weten niet-toepasselijkheid van de onbillijk werkende regel. Het is denkbaar dat dit rechtsgevolg moet uitblijven wanneer een speciale regeling in een ander rechtsgevolg voorziet. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. De regel van artikel 1639g BW geeft partijen bij een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst het recht de dienstbetrekking door opzegging te doen eindigen. Onder omstandigheden zou de toepassing van die regel op zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar kunnen worden beschouwd. Bijvoorbeeld indien een werkgever een werknemer wegwerft door hem onder het voorwendsel van positieverbetering een nieuwe dienstbetrekking aan te bieden en hem terstond na aanvaarding daarvan te ontslaan wegens onvoldoende

13. Een in het arbeidsrecht bekend gegeven, vgl. L.A.J. Schut, Collectief actierecht tegenover rechten van derden, NJB 1988, p. 1477, die deze beëdspraak toepast op de verhouding tussen artikel 31 Europees Sociaal Handvest en artikel 1401 BW (oud) in verband met de toelaatbaarheid van beperkingen op het stakingsrecht.

capaciteiten voor de nieuwe functie. Betekent dit nu dat artikel 1639g buiten toepassing moet blijven, zodat het opzeggingsrecht in deze situatie komt te ontbreken?

Het antwoord zal afhangen van een afweging waarbij de arbeidsrechtelijke gevolgen van het ontslag worden meegewogen. Hier ontmoeten we het in het arbeidsrecht veel voorkomende verschijnsel, dat redelijkheid en billijkheid in wetsbepalingen zijn verdisconteerd. De ontslagen werknemer in dit voorbeeld zou met een beroep op artikel 1639s (kennelijk onredelijk ontslag) een schadevergoeding kunnen krijgen en eventueel op grond van artikel 1639t een herstel van de dienstbetrekking. Nu kan een veroordeling tot herstel altijd worden afgekocht, zodat de werknemer toch op straat staat. Daarin schuilt een zekere onbillijkheid, maar dat is een onbillijkheid die door de wetgever is voorzien en aanvaard.

Daarom zou ik zeggen, dat in dit voorbeeld de toepassing van de ontslagrechtelijke bepalingen 1639g, 1639s en 1639t in onderlinge samenhang de toets van artikel 6:248 kan doorstaan. Dat is echter iets anders dan de aprioristische stelling, dat het ontslagrecht als *lex specialis* aan artikel 6:248 derogeert.

## 2. REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

De ontslagrechtjurisprudentie biedt voorbeelden van afwijking van het ontslagrecht op grond van redelijkheid en billijkheid. Hier zal worden gezien welke argumenten de Hoge Raad van belang acht voor de beantwoording van de vraag of zulk een afwijking in concreto gerechtvaardigd is of niet.

Allereerst kan worden vastgesteld, dat de Hoge Raad heeft uitgesproken dat bij de toetsing van een ontslag aan de toepasselijke regels betreffende de arbeidsovereenkomst mede van belang kunnen zijn de bij de uitvoering van die overeenkomst in acht te nemen eisen van de goede trouw.<sup>14</sup> Opmerkelijk is dat de Hoge Raad geen beperking aangeeft, hij spreekt van 'de toepasselijke regels'. Daaruit leid ik af dat ook bij de toetsing van een ontslag aan de norm van artikel 1639s (kennelijk onredelijk ontslag) de eisen van redelijkheid en billijkheid mede van belang kunnen zijn.

De veronderstelling dat redelijkheid en billijkheid in beginsel een rol kunnen spelen ligt ook ten grondslag aan de uitspraak van de

14. HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 (p. 1280 r.k. onderaan).

Hoge Raad inzake HAL/Van Werkhoven,<sup>15</sup> waarin weliswaar een toetsing aan redelijkheid en billijkheid van de hand werd gewezen, maar zulks slechts geschiedde voorzover met het beroep op redelijkheid en billijkheid een herstel van de dienstbetrekking buiten de arbeidsrechtelijke bepalingen om werd beoogd:

‘De in de artt. 1639s-u gegeven regeling voor het geval een der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk heeft doen eindigen moet echter — gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn — als uitputtend worden beschouwd in die zin, dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan art. 1639u, derde lid, resulterend in een herstel van de dienstbetrekking geen plaats is’.

Te zamen genomen leiden beide genoemde arresten tot de conclusie dat de eisen van redelijkheid en billijkheid wel een rol kunnen spelen bij de toepassing van ontslagbepalingen, maar dat ze niet voor die ontslagbepalingen in de plaats gesteld kunnen worden indien het specifieke karakter van die bepalingen daaraan in de weg staat. De arbeidsrechtelijke bepalingen kunnen dus als *lex specialis* derogeren, maar daarvoor moeten dan wel bijzondere aanwijzingen zijn. Behalve in de tekst of het systeem van de wet kan een aanwijzing voor het derogerende karakter van arbeidsrechtelijke bepalingen ook gelegen zijn in de wetsgeschiedenis. Een dergelijke aanwijzing is te vinden in een arrest uit 1979 betreffende een loonvordering na nietig ontslag.<sup>16</sup> De werkgever stelde, dat het loon dat de werkneemster in tussen elders had kunnen verdienen in mindering moest worden gebracht op grond van de goede trouw. De Hoge Raad verwierp deze redenering omdat bij de totstandkoming van artikel 1638d BW uitdrukkelijk was gebleken dat de wetgever een aftrek van elders verdiend loon niet had gewild.<sup>17</sup>

De Hoge Raad heeft ook een aantal criteria genoemd, op grond waarvan de regels van het ontslagrecht wel kunnen worden doorbroken door redelijkheid en billijkheid,<sup>18</sup> met name indien het gaat om

15. HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 m.n. PAS; AA 1982, p. 305, m.n. MGR.

16. HR 30 november 1979, NJ 1980, 289 (Lontai/Ketel).

17. Matiging van de loonvordering door analoge toepassing van art. 1639r, vijfde lid, achtte de HR wel mogelijk. Het nieuwe ontslagrecht (Wetsontwerp 21 479) gaat voorzien in een mogelijkheid tot loonmatiging op grond van artikel 1639ra.

18. HR 12 september 1986, NJ 1987, 267, m.n. PAS; AA 1987, 2, p. 99 m.n. J.H. Nieuwenhuis (Westhoff/Spronsen).

de gevolgen van een opzegging door een werknemer waaraan achteraf de vereiste wil blijkt te ontbreken:

‘...dat de eisen van de goede trouw in verband met de ingrijpende gevolgen die een eenzijdige ontslagneming op staande voet in beginsel voor de werknemer heeft, kunnen meebrengen dat de werkgeefster, hoezeer zij de betreffende uitingen als een ontslagneming heeft opgevat en mocht opvatten, de werknemer toch niet aan die ontslagneming mag houden indien er niet aan haar zijde sprake is van nadeel als in het onderdeel weergegeven. Dit zal in het bijzonder het geval zijn indien de werknemer, toen hij deze uitingen deed, niet in staat was zijn wil te bepalen, omdat hij toen in een hevige gemoedsbeweging verkeerde of handelde onder de invloed van een stoornis van zijn geestesvermogens.’

Redelijkheid en billijkheid doorbreken hier de regels van het ontslagrecht. Volgens artikel 1639o, eerste lid BW, doet ontslagneming de dienstbetrekking eindigen. Blijkbaar kan die regel uitzondering lijden indien redelijkheid en billijkheid dat eisen in verband met de ingrijpende gevolgen die de ontslagneming heeft. Het arrest is geweest onder het oude BW. Onder het huidige recht kan de redenering steunen op artikel 6:248, tweede lid. Op grond van die bepaling zou in casu het in artikel 3:35 neergelegde vertrouwensbeginsel buiten toepassing moeten blijven, zodat de ongewilde ontslagneming effect mist. Om dit te verduidelijken kunnen de toepasselijke bepalingen nog eens op een rij worden gezet. In een casuspositie als hier bedoeld, zijn vier wetsbepalingen in onderlinge samenhang van belang. De werknemer die zonder te beseffen wat hij doet, in hevige gemoedsbeweging ontslag neemt, verricht een rechtshandeling waaraan de vereiste wil ontbreekt. In beginsel is die rechtshandeling vernietigbaar op grond van artikel 3:34. Echter, het vertrouwen van de werkgever kan beschermd worden door artikel 3:35, zodat de werknemer zich niet op het ontbreken van de wil kan beroepen. Dat zou meebrengen dat de dienstbetrekking eindigt op grond van artikel 1639o, eerste lid. Maar tenslotte blijkt dat toch niet het geval te zijn, indien zulks in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248).<sup>19</sup>

19. In hoeverre hierbij het ontbreken van nadeel aan de kant van de werkgever een rol speelt kan hier in het kader van de *lex specialis*-problematiek buiten beschouwing blijven. Zie over dat aspect van het arrest Westhoff/Spronsen en de verwante jurisprudentie: H.J. Vetter, Zwarrelend van Hensels naar Amran, De ontwikkeling van het nadeelsvereiste in de ontslagjurisprudentie, in: Omwille van de consument (afscheidsbundel P. Clausing), Zwolle 1990.

Het genoemde voorbeeld betreft de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ten opzichte van dwingende wetsbepalingen. De wetgever heeft een dergelijke beperkende werking uitdrukkelijk gewild, zij het dat in het aannemen daarvan terughoudendheid moet worden betracht. Naarmate redelijkheid en billijkheid meer in de wettelijke regeling zijn verdisconteerd, zoals veelal in het arbeidsrecht het geval is, zal die terughoudendheid groter moeten zijn.<sup>20</sup> In het boven geciteerde arrest Westhoff/Spronsen gaf de Hoge Raad wel een criterium voor de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, maar de omstandigheden van het geval brachten in casu geen toepassing van die beperkende werking mee. Toepassingen van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (goede trouw) zijn wel bekend uit de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de huur van woonruimte. Zo werd een beroep op huurbescherming in strijd geacht met redelijkheid en billijkheid in het volgende geval.<sup>21</sup>

Een onderhuurder wiens rechten waren komen te vervallen als gevolg van beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst, kreeg van de woningeigenaar de kans nog drie maanden te blijven zitten. In het vertrouwen dat de huurder daarna zou vertrekken had de verhuurder de wettelijk vereiste opzegging achterwege gelaten. Bovendien zou de huurder zich hebben schuldig gemaakt aan ernstige misdragingen jegens medebewoners en omwonenden. Indien de stellingen van de verhuurder juist zouden blijken, zou het door de huurder gedane beroep op het ontbreken van een opzegging als strijdig met de goede trouw terzijde moeten worden gesteld, aldus de Hoge Raad. In een andere zaak werd op grond van de goede trouw een beroep op huurbescherming terzijde gesteld in verband met de financiële omstandigheden van partijen en het feit dat het ex-echtelingen betrof, die ruim twintig jaar tevoren in het echtscheidingsconvenant voorzieningen hadden getroffen omtrent de duur van de huurovereenkomst betreffende de voormalige echtelijke woning.<sup>22</sup> Beide uitspraken liggen in de lijn van de bedoeling die de wetgever heeft gehad met het nieuwe artikel 6:248. Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid moest worden aangenomen, omdat met betrekking tot de

20. Eindverslag E.K., C.J. van Zeven en J.W. du Pon, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Deventer 1981, Boek 6, p. 73.

21. HR 1 juli 1983, NJ 1984, 149 m.n. PAS (Herzfeld/Groen).

22. HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322 (Wesseling/Weisz).



bijzondere situaties die zich hier voordeden, de redelijkheid en billijkheid onvoldoende was verdisconteerd in de toepasselijke wettelijke bepalingen.

### 3. STRIJD MET DE GOEDE ZEDEN OF DE OPENBARE ORDE

Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig (artikel 3:40, eerste lid). De gedragsnorm die impliciet in deze bepaling besloten ligt, kan gezien worden als de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel. De categorische termen waarin de bepaling is vervat, het ontbreken van een uitzonderingsclausule, en de plaatsing in de tweede titel van het algemene vermogensrechtelijke boek 3, duiden eveneens op een algemene gelding. Dit algemene karakter heeft artikel 3:40, eerste lid gemeen met het eerder besproken artikel 6:248. Er is in het karakter van beide bepalingen echter ook een belangrijk verschil, dat voor de rechtstoepassing van betekenis is. Artikel 6:248, tweede lid bevat een verwijzing naar andere regels, en geeft aan onder welke omstandigheden daaraan door redelijkheid en billijkheid kan worden gederogerd. Voor de rechtstoepassing betekent dit, dat eerst moet worden nagegaan tot welke uitkomst de regels leiden die als gevolg van de overeenkomst tussen partijen gelden. Blijken de consequenties onaanvaardbaar, dan kunnen die regels vervolgens terzijde worden gesteld. Artikel 3:40, eerste lid wijst echter een andere route aan voor de rechtsvinding: de rechtshandeling hoeft slechts te worden getoetst aan de norm van goede zeden en openbare orde. Strijdigheid impliceert nietigheid. Andere regels van wet, overeenkomst of gewoonte kunnen daaraan niets meer veranderen, zo lijkt het. Of het zo ook is, wil ik nu onderzoeken aan de hand van twee voorbeelden: een betreffende het aangaan van een arbeidsovereenkomst en een betreffende ontslag.

Als voorbeeld van een arbeidsovereenkomst waarvan het aangaan beschouwd zou kunnen worden als door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde, kan de overeenkomst tussen bordeelhouder en prostituée worden genoemd. Met het oog op een goede rechtsbescherming van de prostituées is het van belang dat er een geldige arbeidsovereenkomst tot stand komt. Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt is er alles voor te zeggen om het contract als geldig te beschouwen. Men kan dit geval vergelijken met een tewerkstelling zonder vergunning op grond van de Wet arbeid buiten-

landse werknemers. Zoals opgemerkt in paragraaf 1, wordt ook de geldigheid van een arbeidsovereenkomst met een buitenlandse werknemer niet aangetast doordat de werkgever de vereiste vergunning niet heeft. Onder het regiem van het huidige artikel 3:40 bestaat echter een verschil tussen beide gevallen: een rechtshandeling in strijd met de wet kan geldig zijn indien de geschonden wetsbepalingen niet de strekking hebben de geldigheid aan te tasten (artikel 3:40, derde lid). Voor een rechtshandeling in strijd met de goede zeden of de openbare orde ontbreekt een dergelijke ontsnappingsclausule. De vraag of het sluiten van de arbeidsovereenkomst door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde lijkt dus van doorslaggevende betekenis voor de geldigheid. Dat van een dergelijke strijdigheid bij de overeenkomst tussen prostituee en bordeelhouder geen sprake is, lijkt mij zeker verdedigbaar.<sup>23</sup> De vraag is echter omstrede, de toestand blijft dus onzeker. Wel zal aan de op handen zijnde opheffing van het bordeelverbod een argument kunnen worden ontleend tegen de nietigheid van de arbeidsovereenkomst tussen bordeelhouder en prostituee.<sup>24</sup> Wat hier ook van zij, de conclusie lijkt te moeten luiden dat als strijd met de goede zeden of de openbare orde vaststaat, het arbeidsrecht geen mogelijkheid biedt om een geldige arbeidsovereenkomst te sluiten.

Voor het ontslagrecht ligt de vraag gecompliceerder. Weliswaar zal ook daar onverkort de gedragsnorm gelden dat niet in strijd met de goede zeden of de openbare orde gehandeld mag worden, maar voor de rechtsgevolgen van een dergelijk handelen, moet de algemene regel van artikel 3:40 worden gezien in samenhang met de regels van het ontslagrecht. De vraag naar de verhouding tussen artikel 3:40 en het ontslagrecht is, zoals gezegd, door Schoordijk aldus beantwoord, dat het burgerlijk ontslagrecht aan artikel 3:40 derogeert.<sup>25</sup> Voor die opvatting putte Schoordijk steun uit een vonnis

23. Met stelligheid wordt dit standpunt ingenomen door Jan Wassenberg en Esther van Kemenade, *Het beroep, Nemesis 1990*, nr. 1, pp. 10-17, wat voorzichtiger is Guus Heerma van Voss, *Prostitutie en het arbeidsrecht*, in: *Blinde vlekken*, a.w., p. 37.

24. Wetsontwerp 21027. De behandeling van het ontwerp in de Tweede Kamer was begin 1992 nog niet afgerond, het eindverslag dateert van 12 maart 1991.

25. Zelf heb ik het tegenovergestelde standpunt verdedigd, T. van Peijpe, *De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht*, in: P.F. van der Heijden (red.) e.a., *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991, p. 28.



van de Rotterdamse kantonrechter, waarin een beroep op nietigheid van ontslag van buitenlandse zeelieden omdat het discriminatoir zou zijn, werd verworpen, omdat 'het thans vigerende arbeidsrecht een vrijwel sluitend systeem kent'.<sup>26</sup> Inmiddels heeft de Hoge Raad in deze zaak een uitspraak gedaan,<sup>27</sup> waarvan de algemene strekking de opvatting van Schoordijk ondersteunt, zij het dat de deur op een klein kiertje wordt gehouden voor mogelijke uitzonderingen. Wat de feiten betreft is van belang, dat Nedlloyd in het kader van een inkrimping de buitenlandse zeelieden bij voorrang had ontslagen (na overleg en met toestemming van de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau) onder meer omdat zij niet beschikten over het 'certificaat geïntegreerd gezelschap'. Dat laatste hield verband met het feit dat ze geen Nederlands spraken. Hun advocaat nam in cassatie onder meer tot uitgangspunt, dat een ontslag 'in strijd met het nationaal en internationaal en ook tussen burgers onderling geldende discriminatieverbod bij de wet verboden is en/of strijdig is met de goede zeden en/of openbare orde' en daarom nietig is op grond van de artt. 1371 en 1373 (oud) BW. De Hoge Raad oordeelde als volgt:<sup>28</sup>

'Dit uitgangspunt is onjuist, zodat het onderdeel faalt. Het uitgangspunt is in strijd met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ingevolge art. 1630o kan iedere partij de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen doen eindigen, zij het dat de partij die aldus handelt schadelijk kan zijn. Voorts is er in een aantal nauwkeurig omschreven gevallen sprake van een vorm van nietigheid: art. 1637j lid 6, art. 1639h lid 2-5 (telkens in verbinding met art. 1639o lid 5), art. 9 BBA en art. 21 lid 2 en 3 WOR. In deze bepalingen is veelal voorzien in een korte termijn voor het invoeren van de nietigheid. Met dit stelsel is bezwaarlijk te rijmen dat naast deze bepalingen een ontslag van rechtswege nietig zou zijn wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden. Aan deze verstrekkende sanctie bestaat ook geen behoefte. Een ontslag dat in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden is doorgaans tevens kennelijk onredelijk in de zin van art. 1639s. De rechter heeft dan de mogelijkheid herstel van de dienstbetrekking te gelasten dan wel schadevergoeding naar billijkheid toe te kennen en beschikt aldus over beter in voormeld stelsel passende sancties. Bovendien moet worden bedacht dat voor een ontslag dat strijdig is met de wet, de openbare orde of de goede zeden als regel geen toestemming op de voet van het BBA zal worden verkregen. In het midden kan blijven of onder zeer bijzondere omstandigheden de door het onderdeel voorgestane nietigheid wel met het

26. H.C.F. Schoordijk, in: *Blinde vlekken*, a.w., p. 156.

27. HR 20 maart 1992, RvdW 1992, 92 (Nedlloyd/Bras c.s.).

28. Overigens werden de zeelieden in het gelijk gesteld wat betreft de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

wettelijk stelsel verenigbaar is, aangezien hier zulke omstandigheden niet zijn gesteld of gebleken.’

Voor de rechtspraktijk zal men er dus vanuit moeten gaan, dat een werknemer naar burgerlijk recht rechtsgeldig ontslagen kan worden in strijd met de goede zeden en de openbare orde. Voor zover het arbeidsrecht adequate remedies kan bieden is dat uitgangspunt wel aanvaardbaar. Dat zal, in de woorden van de Hoge Raad ‘doorgaans’ of ‘als regel’ wel het geval zijn, maar niet altijd.<sup>29</sup> De vraag of onder zeer bijzondere omstandigheden toch geconcludeerd moet worden tot nietigheid van ontslag wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde, die de Hoge Raad in het midden laat, zou ik bevestigend willen beantwoorden.

#### 4. LEIDRAAD

Bij het zoeken naar antwoorden op vragen aangaande de verhouding tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en algemene vermogensrechtelijke bepalingen moet de gelaagde structuur van het BW tot uitgangspunt worden genomen. De arbeidsovereenkomst maakt als bijzondere overeenkomst deel uit van het vermogensrecht.

Vermogensrechtelijke bepalingen moeten echter dikwijls buiten toepassing blijven op grond van bijzondere arbeidsrechtelijke argumenten. Die argumenten kunnen ontleend worden aan bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht, maar ook aan andere arbeidsrechtelijke normen; men denke bijvoorbeeld aan de opschorting van de individuele arbeidsplicht bij werkstaking.

Algemene vermogensrechtelijke bepalingen als de artikelen 3:40 en 6:248 vinden in het arbeidsrecht rechtstreeks toepassing in situaties waarin de regels van het arbeidsrecht niet voorzien. Of het arbeidsrecht geacht moet worden in een bepaalde situatie te voorzien, moet worden afgeleid uit tekst en systeem van de wet en uit de wetsgeschiedenis. Ook de rechtsontwikkeling na de totstandkoming van de wet kan van belang zijn, zoals bleek uit het in paragraaf 1 besproken arrest over schadeplichtigheid ex 1639o BW en wanpresentie (Deuss).

Voor het bepalen van de koers voor de juridische argumentatie

29. De Nedlloyd-zaak leidde niet tot nietigheid van het ontslag of herstel van de dienstbetrekking, wel tot schadevergoeding.

inzake het *lex specialis*-karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht kan het dienstig zijn telkens één van de volgende ideaaltypische situaties voor ogen te houden.

*Type 1: het arbeidsrecht voorziet in de situatie*

De algemene vermogensrechtelijke norm is door een arbeidsrechtelijke bepaling ingekleurd en voorzien van een bepaald rechtsgevolg. De algemene bepalingen als 3:40 en 6:248 blijven dan buiten toepassing. Bijvoorbeeld: het arbeidsrecht voorziet in de mogelijkheid van een afkoopbare veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking na kennelijk onredelijk ontslag; daarom mag het recht om op te zeggen niet terzijde gesteld worden met een beroep op redelijkheid en billijkheid. Zo ook: het wetsontwerp herziening ontslagrecht<sup>30</sup> voorziet in artikel 1637ija in een nietigheidssanctie op ontslag waarbij gediscrimineerd wordt naar nationaliteit; naast die bepaling zal een beroep op 3:40 geen betekenis meer hebben.

*Type 2: het arbeidsrecht voorziet niet in de situatie*

Toepassing van de arbeidsrechtelijke regels leidt tot gevolgen die onaanvaardbaar zijn, ook wanneer men de bedoeling van de wetgever en het systeem van de wet in de afweging betreft. In dat geval kan men terugvallen op de algemene vermogensrechtelijke bepalingen. Bijvoorbeeld: de werkgever mag zijn werknemer onder omstandigheden niet aan een ongewilde opzegging houden, indien dat naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (vgl. het in paragraaf 2 besproken arrest Westhoff/Spronsen). Mijns inziens zou men op dezelfde wijze moeten redeneren ten aanzien van een ontslag uit racistische motieven. Nergens blijkt dat de wetgever in zo'n schrijnend geval heeft willen volstaan met een afkoopbare veroordeling tot herstel c.q. schadevergoeding ex artikelen 1639s en 1639t. Een aparte voorziening zoals in het toekomstige artikel 1637ija ten aanzien van nationaliteit is gegeven, ontbreekt. Nietigheid ex 3:40, eerste lid is in zo'n uitzonderlijk geval op zijn plaats.

30. Wetsontwerp 21479.

# Bouwcontracten en nieuw BW

*M.A.M.C. van den Berg\**

## OUDE WIJN IN OUDE ZAKKEN

1. Tot het hart van het bouwrecht behoren twee contracttypen die beide stammen uit de familie van de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid: de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en de aanneming van werk. De eerste is het aangewezen kader voor overeenkomsten met architecten<sup>1</sup> en adviserend ingenieurs, de tweede biedt een raam voor uitvoeringscontracten met aannemers. Beide contracttypen werden in het oude BW stiefmoederlijk behandeld. Aan de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten werd slechts één enkele, en dan nog weinig zeggende, bepaling gewijd.<sup>2</sup> De aanneming van werk kreeg getalsmatig wat meer aandacht, doch de daarvoor gegeven bepalingen hielden een onsamenhangende, onduidelijke en onvolledige regeling in die in de literatuur algemeen werd bekritiseerd.<sup>3</sup> Aan de achterstelling van deze maatschappelijk toch niet onbetekenende contractvormen is op 1 januari 1992 geenszins een einde gekomen. Op die datum is weliswaar het

\* Prof. mr M.A.M.C. van den Berg is als bijzonder hoogleraar bouwrecht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Voor zover de werkzaamheden van de architect een feitelijk karakter hebben is deze kwalificatie onomstreden. Voor zover de architect ten behoeve van de opdrachtgever ook rechtshandelingen verricht, moet evenwel volgens sommigen ook worden aangeknoopt bij de overeenkomst van lastgeving. Anderen daarentegen betwisten zulks op de grond dat het verrichten van rechtshandelingen in geen enkele fase van de opdracht hoofdbestanddeel van de overeenkomst is. Bij de laatste opvatting heb ik mij aangesloten in: Samenwerkingsvormen in de bouw, diss. Tilburg 1990, Bouwrecht Monografieën, Geschrift nr. 8, Deventer 1990, nr. 27.
2. Zie daarover meer onder nr. 4.
3. Zie daarover nader Bijzondere Contracten VI, deel A (Van den Berg), nr. 1.

leeuwedeel van het nieuwe vermogens- en verbintenissenrecht in werking getreden, doch het aan de bijzondere overeenkomsten gewijde zevende boek is vooralsnog in zeer onvoltooide staat van kracht geworden. Slechts voor een viertal contracttypen worden daarin nieuwe regelingen gegeven. Voor de overblijvende bijzondere contracten is een noodvoorziening getroffen. De daarvoor in het oude BW gegeven regelingen zijn met wat marginale aanpassingen rechtstreeks doorgeschoven naar een als tijdelijk bedoeld onderkomen, dat als Boek 7A aan het nieuwe BW is toegevoegd.<sup>4</sup> Hierdoor zal voorlopig nog een bepaald niet onbeduidend deel van het nieuwe wetboek letterlijk bestaan uit zeer belegen teksten van het oude BW. Een potsierlijke vertoning. Tot de vele contracttypen waarvoor de 'nieuwe' regeling goeddeels bestaat uit de oude, behoren ook de beide opgemelde 'stiefkindjes'.

2. Voor de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten lag zulks aanvankelijk niet in de bedoeling. Voor dit contracttype was onder de nieuwe benaming 'opdracht' een regeling voorzien waarvan de inwerkingtreding zou samenvallen met de Boeken 3, 5 en 6.<sup>5</sup> Dit goede voornemen heeft de regering echter laten varen ten gevolge van de 'operatie-stofkam' die onder meer ten doel had de belasting van het parlement te verminderen, ten einde de streefdatum van de inwerkingtreding (toen nog 1 juli 1986) niet in gevaar te brengen.<sup>6</sup> Eén van de tekstgedeelten die daartoe op een zijspoor werden gerangeerd, was titel 7.7 waarin de beoogde regeling van de opdracht was ondergebracht. Dat riep echter wel een probleem op. De voorgestelde tweede afdeling van deze titel, waarin — als species van de opdracht — de lastgeving werd geregeld, kon eigenlijk niet worden gemist wegens haar nauwe samenhang met titel 3.3 (volmacht). Invoering van louter die tweede afdeling stuitte evenwel op het bezwaar dat daarin werd voortgebouwd op de in de eerste afdeling voor de opdracht in het algemeen gegeven bepalingen. Gesteld voor dat dilemma, verzon de regering naar het voorbeeld van Tom Poes een list. Uit de bepalingen van de eerste en de tweede afdeling van de voorgestelde titel voor de opdracht werd een mix gevormd,

4. Zie daaromtrent Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (zevende gedeelte), Stb. 1989, 616, artikel IV.

5. Vgl. TK 1982-1983, 17 779.

6. Zie daaromtrent Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6) blz. XII.

die als afgeslankte titel 7 onder de benaming lastgeving in Boek 7 werd opgenomen.<sup>7</sup> Te gelegener tijd zal deze combinatie weer uit elkaar worden gehaald om te kunnen voorzien in een volwaardige regeling voor de opdracht. In 1990 is daartoe de draad van het oorspronkelijke wetsvoorstel weer opgepakt.<sup>8</sup> Waarin een klein land al niet groot kan zijn!

3. Voor de aanneming van werk ligt het uitzicht op een volwaardige wettelijke regeling in een nog veel verder verschieft. Voor dit contracttype is zelfs nog geen wetsvoorstel ingediend. Wel is er in 1989, dus vrij recent, een voorontwerp voor zulk een regeling naar buiten gebracht.<sup>9</sup> Hierin wordt voortgebouwd op de aan de aanneming van werk gewijde regeling in titel 7.12 van het uit 1972 daterende 'groene boek' voor de bijzondere overeenkomsten. Naast verschillende wijzigingen en aanvullingen met betrekking tot de in 1972 geformuleerde tekst, houdt het voorontwerp uit 1989 ook de toevoeging in van een aparte afdeling voor de bouw van woningen in opdracht van, kort gezegd, consumenten. Juist deze noviteit bleek echter in een aan dit voorontwerp gewijde vergadering van de Vereniging voor Bouwrecht aanzienlijke discussiestof op te leveren.<sup>10</sup> Tenslotte zij vermeld dat de laatste tijd vanuit Nijmegen krachtig wordt bepleit de aanneming van werk niet te regelen als een afzonderlijke categorie, doch als een species van het genus opdracht.<sup>11</sup> Er is dus meer dan voldoende gespreksstof om de gemoederen tot ver na de eeuwwisseling bezig te houden. Ik voorspel dat de aanneming van werk nog heel lang een juridisch stiefkindje zal blijven.

#### OUD BOVEN- OP NIEUW ONDERHUIS

4. Als men een oud huis wil vervangen door een nieuw, ligt het voor

7. Zie daaromtrent Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 312.

8. Vgl. TK 1989-1990, 17 779, nrs. 4 en 5.

9. De tekst van het voorontwerp is opgenomen als bijlage bij H.O. Thunnissen, Bouwaanneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen, preadvies VBR, Publikatie nr. 18, Deventer 1990, blz. 81-86.

10. Zie daaromtrent nader Verslag jaarvergadering 1990 VBR, BR 1991, blz. 173 e.v.

11. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, WPNR 5982 (1990), blz. 742-743; W.C.L. van der Grinten, bijdrage aan: In het nu, wat worden zal, Liber amicorum H.C.F. Schoordijk, Deventer 1991, blz. 92.

de hand het oude te slopen en op de vrijgekomen plaats een nieuw huis op te richten. Zo is het, zoals zoëven bleek, met het nieuwe BW niet gegaan. Een groot deel van het bestaande bovenhuis is in stand gelaten, doch daaronder is een geheel nieuw onderhuis geplaatst. Een omslachtige operatie met een evident risico voor aansluitingsproblemen. Heeft dat gevaar zich echter ook verwezenlijkt?

Bij de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten is daarvan geen sprake geweest. De enige bepaling die het oude BW daaraan wijdde, art. 1637, hield slechts in dat de overeenkomsten van dit type worden geregeerd door 'de aan dezelve eigene bepalingen en bij gebreke daarvan door het gebruik'.<sup>12</sup> Deze vage formulering bood zo weinig houvast dat men onder het oude BW voor dit contracttype feitelijk toch geheel was aangewezen op de regels van het algemene verbintenissenrecht. Het doorschuiven van dit artikel naar Boek 7A van het nieuwe BW betekent dan ook slechts dat men voortaan zijn toevlucht moet zoeken tot het nieuwe algemene deel van het verbintenissenrecht. Gevaar voor een conflict tussen de oude bijzondere regeling en het nieuwe algemene recht bestond hier echter niet. De bijzondere 'regeling' hield immers niets bijzonders in.

Bij de aanneming van werk daarentegen heeft de koppeling van oud aan nieuw recht wel problemen gegeven. De regeling van deze rechtsfiguur hield namelijk enkele bijzondere bepalingen in met betrekking tot onderwerpen waarin het oude BW niet in algemene zin voorzag, doch waarvoor het nieuwe BW juist wel algemene regels stelt. Dit probleem bleek echter simpel te kunnen worden opgelost. De desbetreffende bepalingen werden bij gelegenheid van de invoeringswet gewoon geschrapt. Zulks is in de eerste plaats geschied met art. 1649 oud BW, inhoudende dat de aannemer verantwoordelijk is voor de daden van degenen die hij in het werk stelt. Dat artikel is blijkens de toelichting vervallen verklaard, omdat het overbodig werd geacht naast de artikelen 6:76 en 6:170 e.v.<sup>13</sup> Een andere bepaling die eveneens wegens overbodigheid is geschrapt, is art. 1652 oud BW dat een retentierecht regelde ten behoeve van de aannemer. Dit artikel werd overbodig geacht naast de afdelingen 6.1.7 (opschortingsrechten) en 3.10.4 (retentierecht).<sup>14</sup> Een derde

12. Zie voor een poging deze mistige formulering althans nog enige inhoud te geven mijn diss. (a.w. noot 1), nr. 28.

13. Zie Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), blz. 418.

14. Als vorige noot.



bepaling tenslotte die ook om reden van overbodigheid vervallen is verklaard, is art. 1653 oud BW.<sup>15</sup> Dat was echter overdone, want die bepaling was al eerder geschrapt.<sup>16</sup>

5. Sluit de aldus geamputeerde regeling van de aanneming van werk nu verder naadloos aan op haar nieuwe onderbouw? Niet helemaal want de toelichting op de invoeringswet vermeldt nog een aansluitingsprobleem: 'de kwestie van de overgang bij wederkerige overeenkomsten van het risico betreffende de tegenprestatie, als nakoming van de prestatie door overmacht onmogelijk wordt'.<sup>17</sup> Onder vigeur van het oude BW placht men aan te nemen dat in zo'n geval het recht op de tegenprestatie van rechtswege verviel. Weliswaar was zulks daarin niet in een algemene regel uitgedrukt, doch in de jurisprudentie was de gelding van zulk een regel wel aanvaard.<sup>18</sup> De wettelijke regeling van de aanneming van werk bevatte bovendien een bepaling die te beschouwen viel als een voor een bepaald geval gegeven uitdrukking van die kennelijk aan het oude BW ten grondslag liggende, doch daarin niet in algemene zin verwoorde regel. Deze bepaling, art. 1643, is ongewijzigd naar het nieuwe BW doorgeschoven. Zij houdt in dat wanneer het werk, in de in dat artikel nader omschreven situatie, vóór de (op)levering verloren is gegaan, de aannemer geen aanspraak heeft op de bedongen prijs. Dit automatische verval van het recht op de tegenprestatie past principieel niet bij het nieuwe BW. Daarin is integendeel bewust gekozen voor een stelsel waarbij in geval van niet-nakoming door overmacht, het recht op de tegenprestatie pas vervalt nadat de crediteur zich door ontbinding van de overeenkomst, van zijn prestatieplicht heeft bevrijd.<sup>19</sup> Deze mogelijkheid van ontbinding is uitgewerkt in de artikelen 6:265 BW en volgende. Zij vindt plaats door een schriftelijke verklaring van de crediteur of door een rechterlijke uitspraak.<sup>20</sup>

Onder het nieuwe recht moet de crediteur dus, anders dan ten tijde van het oude BW gold, daadwerkelijk actie ondernemen om van

15. Als vorige noot.

16. Bij de Wet van 2 december 1982, Stb. 670.

17. Zie Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), blz. 382.

18. Vgl. HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544, m.n. Ph.A.N.H. (AKU/Stalen Steiger).

19. Zie Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1004 e.v.

20. Vgl. art. 6:267 BW.

zijn prestatieplicht bevrijd te worden. De koppeling aan het nieuwe BW houdt wat dit betreft een principiële stelselwijziging in. Ik acht het daarom niet juist dat deze zaak in de toelichting op de invoeringswet wordt afgedaan met de magere mededeling dat art. 7A:1643 moet worden gelezen 'in het licht' van de in de artikelen 6:265 e.v. voorziene ontbindingsregeling.<sup>21</sup> Het had mij zuiverder geleken als de tekst van art. 7A:1643 aan het nieuwe stelsel van Boek 6 was aangepast. Zoals de zaak nu ligt, dringt het beeld van de Maagdenburger halve bollen zich bepaald niet op!

#### OUD ZEER DAT BLIJFT

6. Tot de rechtstreeks naar het nieuwe BW doorgeschoven bepalingen behoort ook art. 1645 dat als volgt luidt: 'Indien een gebouw voor eenen bepaalden prijs aangenomen en afgemaakt, geheel of gedeeltelijk vergaat door een gebrek in de zamenstelling, of zelfs uit hoofde van de ongeschiktheid van den grond, zijn de bouwmeesters en aannemers daarvoor, gedurende tien jaren aansprakelijk'. Vrijwel alle in deze bepaling voorkomende termen hebben vragen doen rijzen, terwijl over de beantwoording daarvan in menig opzicht verdeeldheid bestaat. De hoeveelheid discussiestof die dit artikel heeft doen opwaaien, valt aardig af te meten aan het aantal pagina's dat in handboeken aan art. 1645 wordt gewijd. Zo besteedt Thunnissen bij Asser<sup>22</sup> liefst 20 bladzijden aan het in kaart brengen van de talrijke kwesties die rondom dit artikel gerezen zijn, terwijl Van Wijngaarden<sup>23</sup> in zijn Hoofdstukken Bouwrecht daarvoor zelfs 55 bladzijden nodig heeft. Het letterlijk doorschuiven van art. 1645 naar Boek 7A van het nieuwe BW betekent onvermijdelijk, dat nu ook alle daaraan vastzittende discussiestof integraal naar het nieuwe recht is overgeheveld.

Eén van de belangrijkste kwesties die hierdoor actueel zijn gebleven, betreft de vraag naar de reikwijdte van art. 1645. In de zeer uiteenlopende opvattingen die daarover naar voren zijn gebracht, kunnen drie hoofdstromingen worden onderscheiden.<sup>24</sup> In de eerste

21. Als noot 17.

22. Vgl. Asser, Bijzondere overeenkomsten III, Zwolle 1988, nrs. 659-686.

23. Vgl. M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht, deel 2, Zwolle 1991, nrs. 83-106.

24. Zie voor een overzicht hieromtrent Asser, Bijzondere overeenkomsten III, Zwolle 1988, nr. 676.

leer (afkomstig van Diephuis) wordt ervan uitgegaan, dat de aannemer na de aanvaarding en goedkeuring van het werk niet meer aansprakelijk is voor eventuele gebreken aan het gebouwde; art. 1645 wordt dan gezien als een uitzondering op deze regel, die de aansprakelijkheid van de aannemer voor het daarin omschreven geval met 10 jaar uitbreidt. In de tweede (door Cremers gehuldigde) opvatting wordt daarentegen aangenomen, dat de aannemer, krachtens het algemene verbintenissenrecht, ook na de oplevering aansprakelijk kan worden gesteld voor de gevolgen van zijn wanprestatie, mits zulks geschiedt binnen de begrenzing van de algemene regeling inzake extinctieve verjaring van rechtsvorderingen. In deze visie houdt art. 1645 een beperking in van de aansprakelijkheid van de aannemer, door de duur daarvan voor het in dat artikel voorziene geval te bekorten tot 10 jaar. De derde leer heeft met de tweede het uitgangspunt gemeen van een uit het algemene recht voortvloeiende, slechts door de algemene verjaringsregeling begrensde, aansprakelijkheid, doch aan art. 1645 wordt daarin een volstrekt andere betekenis toegekend, namelijk die van een bewijsregel welke in de in art. 1645 voorziene situatie een vermoeden van wanprestatie schept ten nadele van de aannemer. Art. 1645 houdt in deze zienswijze dus een omkering in van de bewijslast: de opdrachtgever behoeft niet te bewijzen dat het in art. 1645 bedoelde ‘vergaan’ te wijten is aan wanprestatie van de aannemer, doch het is omgekeerd aan de aannemer om aan te tonen dat dit ‘vergaan’ veroorzaakt is door een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend.

Zowel in de tweede als in de derde leer speelt de algemene regeling inzake extinctieve verjaring van rechtsvorderingen een rol. Aangezien het nieuwe BW voor dit onderwerp een van het oude BW afwijkende regeling geeft, heeft de koppeling van art. 1645 aan het nieuwe vermogensrecht binnen beide lerende consequenties. Deze houden een aanmerkelijke verkorting in van de termijn van aansprakelijkstelling. Zo hoefde onder het oude BW in dit verband slechts rekening te worden gehouden met de algemene verjaringstermijn van art. 2004, welke 30 jaar bedroeg. Het nieuwe BW kent in de eerste plaats al een veel kortere algemene verjaringstermijn, namelijk 20 jaar.<sup>25</sup> Deze geldt echter slechts voor zover de wet niet anders bepaalt. Voor vele rechtsvorderingen zijn evenwel zulke

25. Vgl. art. 3:306 BW; zie ook art. 73 Overgangswet.

andere bepalingen gesteld. Dat is bijvoorbeeld het geval met de in de hier besproken situatie relevante vordering tot herstel van een tekortkoming.<sup>26</sup> Deze verjaart reeds door verloop van 5 jaar na de aanvang van de dag volgende op die waarop de schuldeiser met de tekortkoming bekend is geworden en in ieder geval door verloop van twintig jaar nadat de tekortkoming is ontstaan. Een vergelijkbare regeling geeft de nieuwe wet voor de vordering tot schadevergoeding.<sup>27</sup>

7. Van de genoemde drie leren is de laatste de meest heersende. Naar veelal wordt aangenomen ligt deze ook ten grondslag aan 's Hogen Raads tweede Mook/Sap-arrest.<sup>28</sup> Toch is de richtingensrijd nog geenszins ten einde. Hij heeft integendeel nieuw voedsel gekregen door de vaststelling in 1968 van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV).<sup>29</sup> Hierin wordt namelijk verwezen naar art. 1645 BW, waardoor vanzelf ook de hele discussie over de juiste betekenis van art. 1645 naar de UAV is doorgetrokken.

In de context van de UAV speelt art. 1645 een rol in paragraaf 12. Hierin wordt vooropgesteld, dat de aannemer na de dag van oplevering (of als een onderhoudstermijn is overeengekomen, na de dag waarop die termijn is verstreken) niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk (par. 12, leden 1 jo. 5). Hierop worden echter twee uitzonderingen gemaakt, waarvan de eerste luidt: 'indien het geval, voorzien in art. 1645 B.W., zich voordoet' (par. 12, lid 2, sub a). Deze opzet (hoofdregel plus uitzondering) sluit goed aan bij de zoëven weergegeven leer van Diephuis omtrent de reikwijdte van art. 1645. Zou daarom art. 1645 binnen de context van de UAV ook in die zin (10-jarige aansprakelijkheid; geen bewijslastomkering) dienen te worden verstaan? Of moet ook in deze

26. Vgl. art. 3:311 BW; zie ook art. 73 Overgangswet.

27. Vgl. art. 3:310 BW; zie ook art. 73 Overgangswet.

28. Volgens M.A. van Wijngaarden, BR 1984, blz. 646-647, berust deze conclusie echter op een verkeerde lezing van het arrest. Zijns inziens kan de bewijslastomkering slechts betrekking hebben op wat art. 1645 als oorzaak van het vergaan noemt: 'een gebrek in de samenstelling', of 'de ongeschiktheid van de grond'. In deze zin oordelen ook C.A. Kraan, BR 1982, blz. 478 en A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, BR 1984, blz. 208.

29. De eerste versie daarvan dateert van 1968, de tweede van 1989.

zetting worden uitgegaan van de leer die onder vigeur van het BW de meest heersende bleek (door algemene verjaringsregeling begrensde aansprakelijkheid; bewijslastomkering bij 'vergaan' binnen 10 jaar)? Beide mogelijkheden hebben in de literatuur aanhang gekregen, terwijl zelfs nog een tussenvariant (10-jarige aansprakelijkheid met bewijslastomkering) is bedacht.<sup>30</sup>

Wat is nu tegenover deze verdeeldheid in de literatuur het standpunt van de in de UAV<sup>31</sup> aangewezen instantie voor geschillenbeslechting, de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland (RvA)? Voor wat betreft het punt van de bewijslast is duidelijk dat de RvA uitgaat van een bewijslastomkering ten nadele van de aannemer: als het in art. 1645 BW voorziene geval zich voordoet binnen tien jaar na de in par. 12, leden 1 jo. 5 UAV bedoelde dag, is het aan de aannemer om aan te tonen dat zulks niet het gevolg is van een aan hem toerekenbare tekortkoming.<sup>32</sup> Ten aanzien van de aansprakelijkheidsduur lijkt de RvA verschillend te oordelen al naar art. 1645 BW 'sec' aan de orde komt, dan wel binnen de context van de UAV. In de eerste situatie ziet de RvA de tienjarige termijn kennelijk slechts als een begrenzing van de periode van bewijslastomkering, doch niet als een beperking van de aansprakelijkheidsduur.<sup>33</sup> Dat zou betekenen dat de opdrachtgever ook na het verstrijken van die termijn de aannemer nog zou kunnen aanspreken, zij het zonder het voordeel van een bewijslastomkering te zijnen gunste en binnen de grenzen van de algemene regels inzake verjaring. Binnen de context van de UAV daarentegen leest de RvA in de tienjarige termijn blijkbaar wel een begrenzing van de aansprakelijkheidsduur. Ik leid dit af uit enkele uitspraken waarin de RvA aan de ontvankeelijkheid van een uit hoofde van par. 12, lid 2, sub a UAV ingestelde

30. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen hieromtrent M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht, deel 2, Zwolle 1991, nr. 100.

31. Zie het in par. 49 uitgedrukte arbitrale beding.

32. Dit is inmiddels vaste rechtspraak geworden, vgl.: RvA 23 december 1974, nr. 7507, BR 1975, blz. 168, m.n. H.O. Thunnissen; RvA 8 oktober 1979, nr. 9048, BR 1980, blz. 47; RvA 29 januari 1986, nr. 12.105, BR 1986, blz. 542; RvA 16 juni 1986, nr. 12.219, BR 1987, blz. 59, m.n. H.O. Thunnissen; RvA 19 augustus 1987, nr. 12.508, BR 1988, blz. 217, m.n. H.O. Thunnissen; RvA 3 december 1987, nr. 12.541, BR 1989, blz. 297; RvA 23 maart 1988, nr. 12.812, BR 1988, blz. 613.

33. Vgl. RvA 13 maart 1989, nr. 13.047, BR 1989, blz. 548.

vordering een tweetal voorwaarden heeft gesteld.<sup>34</sup> In de eerste plaats de eis dat het in art. 1645 BW voorziene geval zich heeft voorgedaan binnen 10 jaar na de in par. 12, leden 1 jo. 5 bedoelde dag. Daarvoor acht de RvA ten minste nodig dat voor het einde van die termijn sprake is van een 'tot vergaan leidend begin van verval'.<sup>35</sup> In de tweede plaats wordt vereist dat de aannemer ook binnen de tienjarige termijn voor dat vergaan aansprakelijk is gesteld.<sup>36</sup> Is aan deze beide voorwaarden voldaan, dan levert het voor de ontvankelijkheid vervolgens geen probleem op als de rechtsvordering ter zake na die termijn is ingesteld.<sup>37</sup> Begrijp ik de hier gevolgde denklijn goed, dat ziet de RvA in de tienjarige termijn van art. 1645 BW — binnen de context van de UAV — een geclausuleerde vervaltermijn. Verstrykt die termijn zonder dat het in art. 1645 bedoelde vergaan is ingetreden, of, zo wel sprake was van vergaan, zonder dat de aannemer daarvoor aansprakelijk is gesteld, dan is een nadien tegen de aannemer ingestelde rechtsvordering niet meer ontvankelijk. Als wèl aan beide voorwaarden is voldaan, kan tegen de aannemer ook nà het verstrijken van de tienjarige termijn nog een rechtsvordering worden ingesteld. Voor dat geval rijst vervolgens de vraag hoe lang die mogelijkheid blijft openstaan. Waar het hier gaat om een vergaan dat reeds manifest is geworden en waarvoor de aannemer ook al aansprakelijk is gesteld, lijkt het mij redelijk aan te nemen dat met het instellen van een rechtsvordering ter zake niet lang mag worden gedraald, zulks op straffe van rechtsverwerking.<sup>38</sup>

Als mijn interpretatie van de rechtspraak van de RvA juist is, maakt het dus aanzienlijk verschil of het in art. 1645 BW voorziene geval zich al dan niet onder vigeur van de UAV voordoet. Voor dat

34. Vgl. RvA nrs. 12.219 en 12.508, beide geciteerd in noot 32; zie voorts RvA 11 december 1991, nr. 14.356, BR 1992, blz. 332, m.n. H.O. Thunnissen.

35. Vgl. RvA nr. 12.508, geciteerd in noot 32.

36. Zie voor kritiek op deze voorwaarde H.O. Thunnissen in Asser, Bijzondere overeenkomsten III, Zwolle 1988, nr. 674.

37. Als noot 34.

38. Deze gedachte vindt steun in de korte (tweejarige) verjaringstermijn die wordt voorgesteld in art. 7.12.11 voorontwerp NBW en die samenhangt met art. 6:89 BW (vgl. Toelichting, blz. 1678); zie daarover ook hierna nr. 8. In andere zin H.O. Thunnissen, BR 1992, blz. 192, die van mening is dat deze rechtsvordering onderworpen is aan de algemene verjaringsregels van art. 3:306 en 3:310 BW.

verschil bestaat evenwel een plausibele verklaring. De verwijzing naar art. 1645 vindt binnen de UAV immers ook plaats in een specifieke context: het (feitelijke) geval van art. 1645 (vergaan etc. binnen 10 jaar) is geformuleerd als een uitzondering op de aan de UAV ten grondslag gelegde hoofdregel dat de aannemer na de oplevering niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk.<sup>39</sup>

Intussen zal duidelijk zijn geworden dat de verwijzing in de UAV naar art. 1645 BW veel onduidelijkheid heeft veroorzaakt. Tegen die achtergrond valt het te betreuren dat men er bij gelegenheid van de herziening van de UAV in 1989 niet voor heeft gekozen die verwijzing te schrappen en daarvoor een eigen regeling in de plaats te stellen.<sup>40</sup>

8. Het oude zeer van art. 1645 BW zal, naar ik vrees, nog wel geruime tijd blijven steken. Toch bestaat er op termijn wel uitzicht op genezing. Van art. 1645 is namelijk geen pendant opgenomen in het voorontwerp van titel 7.12 NBW. Wel wordt in de artikelen 7.12.8-12 daarvan voorzien in een algemene regeling met betrekking tot de aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering van het werk. Daarin zijn echter geen sporen van het huidige art. 1645 meer terug te vinden.<sup>41</sup> Voor wat betreft de duur van de aansprakelijkheid wordt in art. 7.12.11 van het voorontwerp een dubbele verjaringstermijn voorgesteld: 1. een tweejarige termijn lopende vanaf het tijdstip dat de opdrachtgever ter zake van een gebrek heeft geprotesteerd, en 2. een naar de aard van het werk variërende termijn van 20 jaar (voor bouwwerken), respectievelijk 10 jaar (voor andere werken) die loopt vanaf het moment van oplevering.

39. Anders H.O. Thunnissen die in Asser, Bijzondere overeenkomsten III, Zwolle 1988, nr. 680, betoogt dat in het belang van de rechtszekerheid en rechtseenheid art. 1645 bij toepassing van de UAV niet anders moet worden uitgelegd dan bij toepassing van het gemene recht geschiedt. Hiertegen M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht, deel 2, Zwolle 1991, nr. 100.

40. Ik betoogde dit eerder in mijn diss. (a.w. noot 1), nr. 83. Mijn treurnis wordt gedeeld door W.J. Slagter, BR 1990, blz. 78 en H.O. Thunnissen, BR 1992, blz. 192. M.A. van Wijngaarden daarentegen heeft zich juist verheugd betoond over de handhaving van de verwijzing naar art. 1645 BW (interventie vergadering VBR op 22 februari 1990; zie voor een resumé van de discussie M.A.B. Chao-Duivis, BR 1990, blz. 415-418).

41. Aldus ook M.A. van Wijngaarden, Handleiding tot de UAV, Deventer 1974, nr. 252; dezelfde in Hoofdstukken Bouwrecht, deel 2, Zwolle 1991, nr. 142.



## EEN WENKEND NOVUM?

9. In het voorafgaande bleek dat aan de stiefmoederlijke bejegening van de voor de bouwsector meest relevante contracttypen voorlopig nog geen einde komt. De bouwwereld zal daaronder echter niet erg gebukt gaan. Men heeft zich immers in deze kring reeds sinds jaar en dag goed weten te redden met behulp van door de bouwparticipanten zelf ontwikkelde algemene voorwaarden. Zowel voor de architectenovereenkomst en het adviseurscontract, als voor de aanneming van werk, zijn uitgebreide regelcomplexen gemodelleerd waarin de rechtsverhoudingen tussen de betrokken partijen gedetailleerd geregeld worden. Deze door de bouwwereld autonoom ontwikkelde regelgeving zal ook in de toekomst onverminderd van belang blijven. Zelfs wanneer de voor de opdracht, respectievelijk de aanneming van werk, voorgestelde regelingen eenmaal zullen zijn ingevoerd, zal toch aan zulke modelvoorwaarden behoefte blijven bestaan. De voor beide contracttypen voorgestelde regelingen zijn namelijk heel algemeen geformuleerd, opdat ze voor een grote variëteit van situaties een kader zullen kunnen bieden. Specifiek op de architecten- of de adviseursovereenkomst, dan wel op de aanneming van bouwwerken, gerichte regelingen, worden daarbij niet gegeven. Aan het in de bouwsector ingeburgerde gebruik van algemene voorwaarden heeft de ontwerper van de aannemingstitel intengendeel juist een argument ontleend om van een specifieke regeling voor de aanneming van bouwwerken af te kunnen zien.<sup>42</sup> Wel is hierop in het voorontwerp van 1989 een uitzondering gemaakt door voor één categorie — de bouw van een woning in opdracht van, kort gezegd, een consument —, enkele bijzondere regels te stellen.<sup>43</sup> Voor het overige zal de aannemingstitel echter dienst moeten doen als juridisch kader voor zeer gevarieerde werkzaamheden die uiteen kunnen lopen van het plakken van een fietsband tot de bouw van een stormvloedkering. De behoefte tot nadere detaillering van bouwcontracten door middel van algemene voorwaarden, zal dan ook zeker voortduren.

10. Tegen deze achtergrond verdient een in het nieuwe BW geïntro-

42. Vgl. Toelichting op het voorontwerp 1972 voor Titel 7.12, blz. 1062-1063.

43. Vgl. art. 7.12.15-19 van het voorontwerp 1989 (zie voor de tekst daarvan de in noot 9 vermelde bron).

duceerd novum de aandacht: de standaardregeling.<sup>44</sup> Deze nieuwe rechtsfiguur voorziet in een flexibele wijze van gedelegeerde regelgeving, waarbij de kring van belanghebbenden voor wie de regeling bestemd is te gelden, rechtstreeks betrokken wordt. De wettelijke concretisering van deze nouveauté komt in grote lijnen op het volgende neer.

Standaardregelingen kunnen in het leven worden geroepen voor bijzondere soorten van overeenkomsten, die in de uitoefening van een bepaald bedrijf of beroep worden gesloten. De soorten van overeenkomsten waarvoor standaardregelingen kunnen worden vastgesteld, worden bij algemene maatregel van bestuur aangewezen. Ook de aanwijzing van de bedrijfstak of het beroep waarvoor een standaardregeling bestemd is te gelden, geschiedt bij algemene maatregel van bestuur. Een standaardregeling wordt vastgesteld, gewijzigd of ingetrokken door een door de Minister van Justitie te benoemen commissie. Zulk een commissie moet voor ten minste twee-derde gedeelte bestaan uit personen die voortkomen uit de kring van de direct betrokkenen.<sup>45</sup> De vaststelling, wijziging of intrekking van een standaardregeling wordt pas van kracht nadat zij door de Kroon is goedgekeurd en in de Nederlandse Staatscourant is afgekondigd. Een standaardregeling vormt wetgeving in materiële zin. Zij is van rechtswege van toepassing op de overeenkomsten waarvoor zij in het leven is geroepen.

11. De noviteit van de standaardregeling houdt voor de bouwsector een wenkend perspectief in. Zij biedt een uitgelezen kans de door de bouwwereld autonoom ontwikkelde regelgeving op te waarderen tot recht in de zin van art. 99, lid 1, sub 2 Wet RO. Het grotere morele gezag dat zo'n statusverhoging zou opleveren, zou in de eerste plaats de behoefte aan afwijking van die regelgeving bij individuele particuliere regelingen doen afnemen.<sup>46</sup> Geheel uit te sluiten zijn zulke afwijkingen evenwel niet. Een standaardregeling heeft immers de

44. Vgl. art. 6:214 BW. Zie voor een overzicht van de literatuur hieromtrent Contractenrecht VII (Hondius), nrs. 2 en 8; zie voorts B.J. Engelen, Artikel 6.5.1.2, nieuw BW: De standaardregeling, BW-krant Jaarboek 1988, Leiden 1988, blz. 200-212.

45. De samenstelling en werkwijze van deze commissies is geregeld bij de Wet commissies standaardregelingen van 13 december 1989, Stb. 1989, 567.

46. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 843; zie ook Engelen (a.w. noot 44), blz. 207.

status van aanvullend recht, zodat partijen vrij zijn daarvan bij individuele overeenkomst af te wijken. Niettemin zal de neiging daartoe worden afgezwakt door het door wettelijke waarborgen gerechtvaardigde vertrouwen, dat een volgens de voorgeschreven procedure tot stand gekomen standaardregeling een evenwichtige belangenafweging zal inhouden. Bovendien zal de lust om van een standaardregeling af te wijken nog verder kunnen worden getemperd, door daarvoor een bepaalde vorm voor te schrijven.<sup>47</sup> Mocht desondanks toch een afwijking zijn bedongen, dan kan de andersluidende standaardregeling niettemin nog een rol spelen als referentiekader bij de toetsing van een beroep op de afwijking.<sup>48</sup> Waar immers een standaardregeling geacht mag worden een evenwichtig stelsel te vormen, laadt een partij die daarvan is afgeweken, al spoedig de verdenking op zich erop uit te zijn geweest dat evenwicht te verstoren. Die factor kan vervolgens gewicht in de schaal leggen bij de beantwoording van de vraag of zo'n partij zich in voorkomend geval in redelijkheid wel mag beroepen op de overeengekomen afwijking.<sup>49</sup>

Een ander voordeel van de figuur van de standaardregeling betreft de toepasselijkheidsvraag. Een standaardregeling geldt van rechtswege. Partijen zijn daaraan gebonden zodra zij een overeenkomst sluiten van de soort waarvoor een standaardregeling is vastgesteld. Algemene voorwaarden daarentegen gelden slechts voor zover partijen de toepasselijkheid ervan zijn overeengekomen. De vaststelling of daarvan in een concreet geval sprake is, levert niet zelden problemen op. Dit aspect heeft bovendien nog aan belang gewonnen nu in het nieuwe BW op de gebruiker van algemene voorwaarden een door vernietigbaarheid gesanctioneerde informatieplicht is gelegd.<sup>50</sup> De gelding van een standaardregeling voorkomt dat men in al zulke perikelen terecht komt.

47. Vgl. art. 6:214, lid 5 BW. De bedoeling van dit lid is niet om afwijking feitelijk onmogelijk te maken, doch om te verzekeren dat de wederpartij zich van afwijking bewust zal zijn (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 862). Dat neemt echter niet weg dat een vormeis wel, als (nuttig) neveneffect, een zekere drempelwerking kan hebben; in deze zin ook Engelen (a.w. noot 44), blz. 208.

48. Zie hieromtrent ook Engelen (a.w. noot 44), blz. 208.

49. Vgl. art. 6:248, lid 2 BW.

50. Vgl. art. 6:233-235 BW; zie hierover nader J.M. Barendrecht, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden onder het Nieuw BW: een nieuw regime, BW-krant Jaarboek 1991, Arnhem 1991, blz. 105-116.

12. Het moge wenselijk zijn de voor de diverse soorten bouwcontracten ontwikkelde algemene voorwaarden te 'verheffen' tot standaardregelingen, doch dat zal bij het ene complex modelvoorwaarden toch meer aanpassingen vergen dan bij het andere. De verschillende in de bouw gangbare soorten standaardvoorwaarden zijn namelijk niet alle even evenwichtig. Gehaald door de 'mangel' van art. 6:214 BW zal de ene soort meer moeten worden uitgeperst dan de andere. Een regelcomplex dat heel vlot door die mangel zou kunnen worden getrokken, wordt gevormd door de hierboven<sup>51</sup> al eerder ter sprake gekomen UAV. Deze regeling is in oorsprong afkomstig van de opdrachtgevende (rijks)overheid. Reeds bij de totstandkoming van de eerste versie hiervan, die dateert van 1968, is echter aan de georganiseerde aannemers een inspraakmogelijkheid geboden, waarvan ook een goed gebruik is gemaakt.<sup>52</sup> In 1989 is een herziene versie vastgesteld. Aan de totstandkoming daarvan is een 'Breed Overleg' voorafgegaan waaraan door maar liefst achttien bij de bouw betrokken of daarin geïnteresseerde organisaties en instellingen is deelgenomen.<sup>53</sup> De UAV berusten hierdoor op een breed draagvlak. Hoewel op onderdelen kritiek mogelijk is<sup>54</sup>, acht ik de UAV een hoogwaardig regelcomplex waarin de belangen van opdrachtgever en aannemer uiterst zorgvuldig tegenover elkaar zijn afgewogen, zonder dat daarbij ooit de balans in het nadeel van één van beiden is doorgeslagen. Ik acht de UAV dan ook in de huidige vorm reeds goeddeels 'rijp' om te worden verheven tot standaardregeling.<sup>55</sup> Wel moet daarbij worden bedacht dat de UAV bedoeld zijn voor situaties waarbij het bouwplan afkomstig is van de opdrachtgever en voorts door of namens deze directie wordt gevoerd. Een eventuele vaststelling van de UAV als standaardregeling zou

51. Zie nr. 7.

52. Zie hierover nader M.A. van Wijngaarden, Handleiding tot de UAV, Deventer 1974, nr. 12.

53. Zie voor dit 'Breed Overleg' nader W.J. Slagter, BR 1990, blz. 73 e.v.

54. Een hierboven (nr. 7) reeds bekritiseerd onderdeel betreft de verwijzing in par. 12 UAV naar art. 1645 BW. Een ander punt waarop ik kritiek heb betreft de regeling m.b.t. voorgeschreven bouwstoffen, onderaannemers en leveranciers; zie daarover mijn bijdrage over de UAV 1989 in BR 1990, blz. 88-91.

55. Over de mate van 'rijpheid' van de UAV in dezen wordt in de literatuur verschillend geoordeeld; men zie voor een uitgebreid overzicht hieromtrent Bijzondere Contracten VI, deel D (Van der Beek), nr. 4c.

daarom beperkt dienen te blijven tot overeenkomsten waarbij zo'n situatie zich voordoet.

13. Een breinbreker tot besluit. In de bouwwereld wordt zeer gehecht aan geschillenbeslechting door middel van arbitrage. De in de bouwsector gangbare algemene voorwaarden plegen dan ook een arbitraal beding in te houden. Opneming van een arbitraal beding in een standaardregeling is echter problematisch. Dit hangt samen met het vereiste van goedkeuring door de Kroon. Zou de Kroon goedkeuring hechten aan een standaardregeling waarin een arbitraal beding is vervat, dat zou het effect daarvan zijn dat de Kroon voor degenen voor wie de standaardregeling zal gelden, de mogelijkheid blokkeert om zich te wenden tot de burgerlijke rechter. Dat zou evenwel strijd opleveren met art. 17 van de Grondwet en art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.<sup>56</sup> Dat stelt de bouwwereld voor een dilemma. Enerzijds heeft het kiezen voor de weg van de standaardregeling belangrijke voordelen. Anderzijds zal men daarvoor niet graag de mogelijkheid van arbitrage opofferen. Hoe hier de kool en de geit te sparen? Wellicht biedt Van Heijningen daarvoor een be- gaanbare uitweg: opneming in de standaardregeling van een keuze- mogelijkheid voor arbitrage.<sup>57</sup>

56. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, BR 1982, blz. 744.

57. Vgl. J.A.M. van Heijningen, WPNR 5741 (1985), blz. 376.

# De invloed van het nieuw BW per 1 januari 1992 op het verzekeringsrecht

*J.H. Wansink\**

## INLEIDING

Dat het nieuwe vermogensrecht ook zijn invloed doet gelden op het verzekeringsrecht, lijdt geen twijfel. Zulks vloeit rechtstreeks voort uit de gelaagde structuur van het Nieuw BW. Interessant is evenwel de vraag welke betekenis toekomt aan algemene bepalingen in de boeken 3 en 6 waarvoor — op termijn — ten aanzien van verzekering bij wijze van *lex specialis* in titel 7.17 een zelfstandige regeling is voorzien. Een levende discussie is inmiddels in de literatuur gevoerd over de vraag of en zo ja, in hoeverre de onder het huidige recht verstrekkinge gevolgen van verzwijging *ex* artikel 251 K kunnen worden verzacht door langs de omweg van artikel 6:230 BW te anticiperen op de veel meer genuanceerde regeling in artikel 7.17.1.6 Ontwerp NBW; dit ondanks het feit dat artikel 7.17.1.6a Ontwerp NBW met zo veel woorden de algemene dwalingsregeling buiten spel zet. Een uitputtende discussie ook, waarnaar om die reden in dit bestek dan ook slechts verwezen.<sup>1</sup> Wel ruime aandacht in deze bijdrage verdient de betekenis van afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden voor de verzekeringsovereenkomst.

Een geheel eigen aspect dat voorts stellig een nadere beschouwing waard is, betreft het samenspel tussen de aansprakelijkheids-

\* Prof. mr J.H. Wansink is als hoogleraar verbonden aan het Verzekeringsinstituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Zie P. Clausing, *Verzekeringsrechtelijke berichten* (Vrb) 25 maart 1991 en 29 juni 1991, R.Ph. Elzas, *Salomons-bundel 1991*, blz. 83 e.v., R.A. Salomons, *VA 1991*, blz. 241 e.v., P. Clausing, *VA*, blz. 245 e.v. alsmede C.C. van Dam, *Wel of niet anticiperen op komend verzekeringsrecht?*, *NbBW 1992*, blz. 21 e.v.

verzekering en het nieuwe aansprakelijkheidsrecht, zoals dat op 1 januari 1992 in werking is getreden.

#### VERZEKERING EN ONREDELIJK BEZWARENDE BEDINGEN

Wezenlijk voor de regeling in afdeling 6.5.3 en in feite ook inherent aan de algemene opvatting dat voor het beginsel van het 'iustum pretium' in ons contractenrecht geen plaats is, vormt het gegeven dat zij als zodanig niet geldt voor de bedingen die de kern van de prestaties aangeven (de zogenaamde *kernbedingen*). Wat precies onder kernbedingen bij de verzekeringsovereenkomst moet worden verstaan, is vooralsnog niet scherp afgebakend. Nog het meest helder is de Memorie van Antwoord<sup>2</sup>:

'Uiteraard zijn er overeenkomsten waarbij kernbedingen ook in de voormelde beperkte zin opgevat, groot in aantal zijn; men denke aan de verzekeringsovereenkomst, waarbij de omvang van de dekking vaak in uitvoerige opsommingen van gedekte en uitgesloten risico's is neergelegd. Doch dit betekent niet dat de gehele overeenkomst uit kernbedingen bestaat; in deze zin kan niet worden gezegd dat alle bedingen van de polis in een meer of minder verwijderd verband met de omvang van de dekking zouden staan. Tot de kernbedingen behoort bijvoorbeeld niet een beding waarbij in afwijking van de wettelijke competentieregeling een rechter bevoegd wordt verklaard (artikel 6.5.2A.3 onder p), of een bepaalde vorm voor verklaringen wordt geëist (artikelen 6.5.2A.3 onder l en 6.5.2A.4 onder p), noch een beding waarbij is bepaald binnen welke termijn de verzekerde een schade moet aanmelden op straffe van verval van zijn rechten op uitkering (artikel 6.5.2A.4 onder h).'

Naast de in de Memorie van Antwoord gegeven voorbeelden van kernbedingen kunnen daartoe mijns inziens stellig nog worden gerekend clausules die de dekking tot bepaalde vormen van schade beperken of die aan de hoogte van de uitkering een eigen risico of een limiet per gebeurtenis of per jaar verbinden. In het licht van de in de Memorie van Antwoord gegeven nadere toelichting voor de verzekeringsovereenkomst is het thans heel wel verdedigbaar ook het beding dat de vergoeding van bereddingskosten in afwijking van de wettelijke regeling beperkt, als kernbeding aan te merken.

*De betekenis van de zwarte/grijze lijst voor de verzekeringspraktijk*  
Een nadere beschouwing van de gebruikelijke algemene polisvoorwaarden leert dat zij in de regel de toets op een onredelijk bezwa-

2. Tweede Kamerstukken 1983/1984, 16983, nr. 5.



rend karakter aan de zwarte en grijze lijst met specifieke bedingen voor consumenten-overeenkomsten zonder veel aanpassingen zullen doorstaan. Dat komt mede door het feit dat voor een aantal onderwerpen is gekozen voor een zelfstandige — dwingendrechtelijke — regeling van de verzekeringsovereenkomst in titel 7.17 Ontwerp NBW. Een regeling die naar verwachting evenwel eerst in de late jaren negentig van kracht zal worden. Daar is op zich zelf veel voor te zeggen, maar geheel probleemloos is deze oplossing mogelijksterwijs niet tijdens het 'interregnum', de periode tussen 1 januari 1992 en het tijdstip van inwerkingtreding van titel 7.17.

*Duur en stilzwijgende verlenging van de verzekeringsovereenkomst*  
Illustratief voor de problematiek die tijdens het interregnum kan ontstaan, is de regeling omtrent duurovereenkomsten in de artikelen 6:236 sub j en 237 sub k BW: de gebondenheid aan langlopende (dienstverlenende) contracten in de consumentensfeer wordt beperkt tot één jaar, zowel bij het sluiten van de overeenkomst als bij stilzwijgende verlenging. Beide bepalingen zijn niet rechtstreeks toepasselijk op de verzekeringsovereenkomst. In de Nota naar aanleiding van het eindverslag (Parl. Gesch. inv. boek 6, p. 1707) merkt de Minister van Justitie met recht op dat het kanskarakter van de verzekeringsovereenkomst zich daartegen verzet. Gekozen is voor een zelfstandige regeling in artikel 7.17.1.13, waarbij de maximale termijn van gebondenheid van de verzekeringnemer veel ruimer is, te weten vijf jaar. Naar mag worden aangenomen ligt daaraan met name ook ten grondslag het (financieel) belang dat een langlopend verzekeringscontract heeft voor de verzekeraar, de assurantietussenpersoon alsook de verzekeringnemer (vergelijk RvT II-89/32).

Het enkele feit dat titel 7.17 Ontwerp NBW een eigen regeling geeft, staat er evenwel niet aan in de weg, dat het onderhavige beding wordt getoetst aan de algemene norm 'onredelijk bezwarend' in artikel 6:233 BW. Het ligt in de rede daarbij aan te sluiten bij het bepaalde in artikel 7.17.1.13 Ontwerp NBW, maar de rechter is daaraan niet gebonden, immers titel 7.17 is nog slechts een ontwerp van de wet, waarover het parlement zich nog moet uitspreken. Het ware beter geweest als de wetgever voor het 'interregnum' in de vorm van overgangsrecht duidelijkheid had geschapen.

### *Herzieningsclausule*

De herzieningsclausule (tussentijdse wijziging en-bloc) die vooral bij langlopende consumentenverzekeringen gebruikelijk is, wordt niet getroffen door het bepaalde in artikel 6:237 sub c BW: 'Onredelijk bezwarend wordt vermoed te zijn een beding dat de gebruiker de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij (i.c. de consument, JHW) bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden'.

De verzekeringnemer kan tegen de voorgestelde wijziging bezwaar maken, in welk geval de verzekering eindigt: materieel eenzelfde resultaat als waartoe de uitoefening van het recht tot ontbinding (ex nunc) zou leiden.

### *Vormvoorschriften voor verklaringen (aangetekende brief)*

Artikel 6:236 sub 1 BW staat geen afwijking toe van het bepaalde in artikel 3:37 BW als het gaat om de wijze van verzending van verklaringen. Daarmede richt het verbod zich dus ook uitdrukkelijk op het thans nog in vele polissen voorkomend beding dat de verzekerde bepaalde verklaringen (bijv. de opzegging van de verzekering) slechts per aangetekende brief mag doen. Zoals de Memorie van Toelichting met zoveel woorden zegt, een verbod dat gerechtvaardigd wordt door de overweging dat zo'n beding *tegen* de wederpartij zou kunnen worden gebruikt, terwijl de voorgeschreven wijze van verzending juist haar belangen dient. Overigens bracht onder het oude recht reeds de goede trouw mede dat de verzekeraar genoeg moest nemen met een mededeling waarvan vaststond dat deze hem had bereikt, ook al was deze niet per aangetekende brief verzonden.

### *Bevoegdheid tot opzegging voor verzekeraar na schade*

Een polisbeding waarbij de verzekeraar zich de bevoegdheid heeft voorbehouden de verzekeringsovereenkomst na een schade tussentijds op te zeggen, lijkt toetsbaar aan het bepaalde in artikel 6:237 sub d BW: 'Vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn een beding dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden geveerd'.

Benadrukt zij dat het hier gaat om een beding op de grijze lijst zodat de verzekeraar mag aantonen dat een dergelijk beding als

zodanig wel redelijk is in een verzekeringsovereenkomst. Die redelijkheid in algemene zin lijkt mij wel gegeven, gelet op de vertrouwensbasis die bij de verzekeringsovereenkomst een zo belangrijke rol speelt.

### *Koppelverkoop*

Ingevolge artikel 6:237 sub j BW wordt vermoed onredelijk bezwaarlijk te zijn een beding dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst, redelijkerwijze van de wederpartij kan worden gevergd.

In het Voorlopig Verslag is door de leden van de Vaste Commissie de veronderstelling geuit dat het bij hypothecaire leningen gebruikelijke beding dat de geldnemer verplicht tot het sluiten van een brandverzekering of een levensverzekering een voorbeeld is van een beding dat zonder meer geoorloofd is. Een veronderstelling die blijkens de Memorie van Antwoord door de Minister werd gedeeld.

Door de geldnemer te verplichten tot het sluiten van een brandverzekering kan de hypotheeknemer met behulp van het bepaalde in artikel 3:229 BW voorkomen dat hij bij brand het onroerend onderpand verliest en slechts een persoonlijke vordering tegen de debiteur overhoudt: in geval van brand verkrijgt de hypotheeknemer van rechtswege een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden (assurantiepenningen). Een afdoende bescherming biedt deze oplossing nog niet, met name niet in die gevallen waarin er bij brand geen of geen volledige dekking op de brandverzekering blijkt te zijn ten gevolge van bijvoorbeeld verzwijging, onderverzekering, verzuim van premiebetaling of wellicht zelfs brandstichting. Tegen dit laatstgenoemde risico van brandstichting kan de hypotheeknemer zich alleen veilig stellen door zijn hypothecair belang bij het onderpand zelf te verzekeren. Met name als de hypotheeknemer een bank is, kan hij zich in de overige gevallen een zekere bescherming verschaffen door de hypotheeknemer te verplichten de verzekering door zijn tussenkomst als assurantietussenpersoon te sluiten.

Het is zelfs mogelijk dat de financier verlangt dat de brandverzekering 'bij hemzelf' wordt gesloten dat wil zeggen in de volmacht van een schadeverzekeringsmaatschappij waarover de financier als

bank beschikt of bij een schadeverzekeringsmaatschappij die deel uitmaakt van hetzelfde concern als waartoe de financier (bijvoorbeeld een levensverzekeraar) behoort. Of ook deze verregaande koppeling nog gerechtvaardigd is, is mijns inziens twijfelachtig. De per 1 oktober 1990 in werking getreden Gedragscode Hypothecaire Financieringen lijkt daarover anders te denken, gelet op het bepaalde in paragraaf 7 (Nevenovereenkomsten): 'De hypothecair financier zal aan het verkrijgen van een hypothecaire financiering door een consument geen verplichting verbinden tot het aangaan van andere overeenkomsten tenzij die een redelijk verband hebben met hetzij de consument in zijn hoedanigheid van geldnemer hetzij het hypothecair te verbinden onroerend goed. De tarieven voor en/of kosten van dergelijke nevenovereenkomsten zullen niet hoger zijn dan de tarieven voor en/of kosten van identieke overeenkomsten die de desbetreffende hypothecair financier aanbiedt zonder een hypothecaire financiering.'

Deze gedragscode voor hypothecaire leningen aan particuliere consumenten is met de consumentenorganisaties besproken en wordt door vrijwel alle banken, spaarbanken, hypotheekbanken, verzekeringsmaatschappijen, pensioenfondsen en bouwfondsen onderschreven. Daarmede zij overigens niet gezegd dat de consumentenorganisaties met alle onderdelen van de gedragscode hebben ingestemd. Dat geldt in ieder geval niet voor de hier bedoelde koppelverkoop blijkens de Consumentengids van november 1990, blz. 606: Iedere vorm van koppelverkoop blijft voor de Consumentenbond uit den boze.

Opmerkelijk is dat de financier blijkens de Toelichting bij de Gedragscode kennelijk zonder meer mag eisen dat de consument een 'losse' *overlijdensrisicoverzekering* sluit. Indien de financiering niet geheel gedekt wordt door de waarde van het onderpand (een zogenaamde top-hypotheek) is zulks stellig gerechtvaardigd; de financier heeft in dat geval een zwaarwegend eigen belang. Twijfel is op zijn plaats of dat ook overigens het geval is. Dat een overlijdensrisicoverzekering bij overlijden van de schuldenaar in ieder geval geld beschikbaar doet zijn om de hypothecaire schuld af te lossen en daarmee voorkomt dat het verbonden pand anders eventueel verkocht zou moeten worden is op zichzelf juist, maar is het sluiten daarvan niet primair een belang van de schuldenaar? Weliswaar heeft ook de financier een eigen belang (het voorkomen van een

executie-procedure), maar het is de vraag of dat belang voldoende zwaarwegend is om een verzekeringsverplichting voor de schuldenaar te rechtvaardigen. Gewezen zij op een voor de schuldenaar minder kostbare alternatieve oplossing in de vorm van een algemene kostenopslag voor het executie-risico.

#### *Adresclausule*

Veel polissen kennen de zogenaamde adresclausule: 'Kennisgevingen door de verzekeraar aan de verzekeringnemer geschieden rechtsgeldig aan diens laatste bij de verzekeraar bekende adres of aan het adres van de tussenpersoon, door wiens bemiddeling deze verzekering loopt'.

Naar het oordeel van de Raad van Toezicht in uitspraak IV-87/28 is de clausule onder het komend recht onredelijk bezwarend op grond van artikel 6:236 sub m BW. De adresclausule wordt geacht een beding te zijn waarbij de consument een andere woonplaats kiest. Een verrassende vondst; immers moet niet veeleer worden aangenomen dat de adresclausule niet meer doet dan een *alternatief* adres opgeven, waarheen voor de wederpartij bestemde verklaringen kunnen worden gezonden. Een regeling waartegen artikel 3:37 lid 3 noch artikel 6:236 sub 1 BW zich lijkt te verzetten.

Voor de verzekeringspraktijk veel belangrijker is evenwel een viertal uitspraken van de Raad van Toezicht (III-85/25, IV-87/28, II-89/23, II-91/31); in de onderlinge samenhang brengen deze — mijns inziens met recht — tot uitdrukking dat het uit een oogpunt van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf onverdedigbaar is, dat een verzekeraar bij voor de verzekeringnemer bestemde belangrijke mededelingen kan volstaan met deze aan de assurantietussenpersoon toe te zenden, die dan voor doorzending moet zorgdragen, ook indien in de verzekeringsvoorwaarden bedongen is dat verzekeraar kennisgevingen aan het adres van de tussenpersoon kan zenden.

#### *Geschillenclausule, bevoegde rechter*

Artikel 6:236 sub n BW verklaart zonder meer onredelijk bezwarend een beding in een consumentenverzekering dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de bevoegde rechter, hetzij één of meer arbiters; dit is alleen anders indien hetzelfde beding met zoveel woorden bepaalt dat de consument nadat de verzekeraar zich daarop heeft beroepen een termijn van tenminste

één maand wordt gegund om alsnog voor beslechting van het geschil door de bevoegde rechter te kiezen.

De verzekeringspraktijk leert dat in de sfeer van de consumentenverzekering nauwelijks of geen specifieke geschillenclausules worden gehanteerd. Voor zover dat wel het geval is, betreft het doorgaans polissen van onderlingen. Een duidelijk voorbeeld van een mijns inziens nietige clause is de navolgende:

‘Geschillen voortvloeiende uit verzekeringsovereenkomsten van de verzekeraar tussen hem en één of meer leden of hun rechtverkrijgenden, worden met uitsluiting van de gewone rechter in hoogste instantie beslist door het scheidsrecht, genoemd in de statuten van de verzekeraar.

Geschillen echter, die betrekking hebben op:

- a. incasso van premies en kosten,
- b. een door de verzekeraar ingestelde regresvordering tegen een lid,
- c. een door een lid tegen de verzekeraar ingestelde vordering inzake wettelijke rente, worden voorgelegd aan de gewone rechter.

Een geschil wordt eerst in behandeling genomen na betaling van een klachtengeld ad f 150.’

## VERZEKERING EN AANSPRAKELIJKHEID

De aansprakelijkheid vormt in de praktijk doorgaans het onmisbare sluitstuk van het proces dat via het aansprakelijk houden van een derde voor geleden schade moet leiden tot daadwerkelijke schade-loosstelling. Immers wanneer het recht een derde voor de schade aansprakelijk houdt, wordt deze schade wel verplaatst, maar niet gespreid en die spreiding is doorgaans nodig om de vergoeding van de schade voor de aansprakelijke partij betaalbaar te maken. Voor die spreiding zorgt de aansprakelijkheidsverzekering: ‘onzekere onbetaalbare schaden worden omgezet in zekere, betaalbare premies’. Verzekering van aansprakelijkheid plaatst slachtofferbescherming en daderbescherming aldus naast elkaar en niet langer tegenover elkaar.

In concreto manifesteert zich de invloed van de aansprakelijkheidsverzekering op het aansprakelijkheidsrecht/schadevergoedingsrecht in viererlei zin: aanvullend, versterkend, afremmend en compromiserend (wettelijke limitering, rechterlijke matiging).

Binnen het kader van de invoering van het nieuwe aansprakelijkheidsrecht verdienen met name de aanvullende en afremmende werking nadere aandacht.

### *Aanvullende werking*

Voor het slachtoffer is de aansprakelijkheidsverzekeraar doorgaans 'de aanspreekbare partij'. Dat impliceert dat hij met name wordt geconfronteerd met de maatschappelijke onvrede die de ontoereikendheid van het geldende aansprakelijkheidsrecht als middel tot slachtofferbescherming oproept. De verzekeraar krijgt de zwarte piet toegeschoven.

Onder het 'oude BW' heeft dat er toe geleid dat de aansprakelijkheidsverzekeraars het aansprakelijkheidsrecht als het ware hebben aangevuld; deels met zo veel woorden in de polisvoorwaarden, deels in de praktijk van de schaderegeling door middel van aanbevolen gedragsregels, opgesteld door de Commissie Schaderegelingsbeleid van het Verbond van Verzekeraars in 1980.<sup>3</sup>

Op een aantal punten heeft het nieuwe aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht per 1 januari 1992 de aansprakelijkheidsverzekeraars ingehaald. Dat geldt allereerst voor de *normbesefclausule* in de particuliere aansprakelijkheidsverzekering (AVP-polis), in essentie als volgt luidende: 'Indien een verzekerde aan anderen dan verzekerden schade veroorzaakt, waarvoor hij niet aansprakelijk is omdat de daad hem niet kan worden toegerekend wegens zijn jeugdige leeftijd of wegens een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, zal de maatschappij niettemin tot schadevergoeding overgaan, één en ander voor zover de schade niet aan de benadeelde zelf te wijten is of voor zijn eigen risico is'.

Deze clausule beoogde allereerst de wettelijke leemte te dichten ingeval een klein kind aan derden schade toebreacht waarvoor het zelf bij gebrek aan normbesef niet aansprakelijk kon worden gehouden en evenmin de ouders omdat zij zich ingevolgt artikel 1403 lid 5 oud BW konden disculperen. Deze wettelijke leemte is nagenoeg opgevuld in het huidige BW: kinderen tot 14 jaar zijn weliswaar ingevolgt artikel 6:164 nimmer aansprakelijk, maar daar staat tegenover een risicoaansprakelijkheid voor de ouders ex artikel 6:169, althans als het gaat om schade als gevolg van een als *een doen* te beschouwen gedraging.

3. Deze gedragsregels zijn opgenomen in het Handboek Schaderegeling Motorrijtuigen, Samsom Bedrijfsinformatie Alphen aan den Rijn, nr. 945 alsmede — naar aanleiding van tweede druk — in VR 1984, blz. 229 e.v. gevolgd door een commentaar van A.J.O. van Wassenae van Catwijck.



De normbesefclausule vervulde ook een aanvullende rol in gevallen waarin een verzekerde met lichamelijk of geestelijke tekortkoming aan derden schade veroorzaakte en deswege niet aansprakelijk kon worden gehouden. Ook deze wettelijke leemte is in overeenkomstige zin nagenoeg opgelost, nu in gevolge artikel 6:165 de omstandigheid dat een als een *doen* te beschouwen gedraging is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming niet langer een beletsel voor aansprakelijkheid vormt.

In beide gevallen blijft de schade onder het regime van het NBW dus *wel* voor rekening van de benadeelde als deze is terug te voeren op een nalaten. Dat brengt de benadeelde na 1 januari 1992 in beginsel in een slechtere positie dan onder het huidige recht, nu de normbesefclausule die voor deze gevallen van 'nalaten' wel dekking bood, in de nieuwe AVP'92-polis is geschrapt. De praktische betekenis van de 'resterende leemte' lijkt echter gering.

Ook op het terrein van de *vrijwillige hulpverlening* verliest de aanvullende dekking in de AVP-polis zijn betekenis. Degene die wordt geholpen/gered, wordt ingevolge artikel 6:200 BW (zaakwaarneming) aansprakelijk niet alleen voor de kosten, maar ook voor de schade die de ander daarbij heeft opgelopen. In de nieuwe AVP'92-polis keert de clausule ter zake van vrijwillige hulpverlening dan ook niet terug.

Het huidige BW haalt de aansprakelijkheidsverzekeraars eveneens in op het punt van het vergoeden van *begraveniskosten*: artikel 6:108 lid 2 verplicht de aansprakelijke laedens tot vergoeding van de kosten van lijkbezorging, althans voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene. De laatste zinsnede duidt op een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.<sup>4</sup>

Afgewacht moet worden in hoeverre zulks in de praktijk tot andere uitkomsten zal leiden dan die onder het oude recht zijn verkregen bij toepassing van de aanbevolen gedragscode van verzekeraars: 'Motorrijtuig- en aansprakelijkheidsverzekeraars zullen begrafenis- of crematiekosten voor rekening van een natuurlijk persoon vergoeden. Deze vergoeding vindt plaats op voorwaarde dat voor de kosten geen andere voorziening is getroffen, zij binnen redelijke grenzen blijven en het overlijden een gevolg was van een door de verzekeraar gedekt evenement'.

4. Vgl. Parl. Gesch. VV II en MvA, blz. 395 en 399.

Onder deze regeling werden in ieder geval vergoed de ‘kale’ begrafenis-kosten (kist, rouwauto, dienst, begrafenisondernemer) alsmede bijkomende kosten als kaarten, advertenties, bloemen, koffie, dankberichten en een grafsteen.<sup>5</sup>

Veel minder evident is of met de invoering van Boek 6 BW de aanbevolen gedragsregel omtrent het aanvaarden van het begrip ‘*schuld van het motorrijtuig*’ ook buiten de sfeer van artikel 31 WWV haar zelfstandige betekenis heeft verloren. Naar analogie van het Torenbout-arrest van 1942 en de daarop gevolgde lagere rechtspraak wordt aanbevolen ook in de ‘1401 BW-sfeer’ geen beroep op overmacht te doen bij verkeersongevallen te wijten aan defecten in het mechanisme van het motorrijtuig of defecten in het organisme van de bestuurder.<sup>6</sup> Een uitbreiding dus tot onder meer ongevallen tussen twee of meer aan het verkeer deelnemende motorrijtuigen, zij het alleen voor zover het gaat om een vordering van de benadeelde zelf.

Kijken wij naar artikel 6:162 BW, dan biedt dat op zichzelf wel een duidelijk aanknopingspunt voor een verruiming van het formele aansprakelijkheidsrecht op dit punt: een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is niet alleen aan zijn schuld, maar ook aan een oorzaak die krachtens de wet of *de in het verkeer geldende opvattingen* voor zijn rekening komt. Overigens heeft de aanbeveling al onder het oude recht weerklank gevonden in de lagere rechtspraak. Illustratief is het arrest van het Hof Den Haag uit 1989, waarin wordt overwogen ‘dat ook bij door artikel 1401 BW bestreken aanrijdingen moet worden aangenomen dat technische gebreken geen overmacht kunnen opleveren, maar voor risico zijn van (de verzekeraar van) het motorrijtuig, waarvan het rijgedrag objectief gevaarzettend is geweest’.<sup>7</sup>

Ook de aanbevolen gedragsregel ter zake van het vergoeden van *reiskosten van naaste familieleden voor het bezoeken van het slachtoffer in het ziekenhuis* lijkt met de invoering van Boek 6 NBW haar zelfstandige betekenis niet geheel te hebben verloren; zelfstandige betekenis in het licht van het gegeven dat onder het regime van artikel 1407 oud BW alleen de gekwetste zelf een aanspraak op

5. Zie hieromtrent ook Bouman-Van Wassenaer, t.a.p. blz. 60.

6. HR 16 april 1942, NJ 1942, 293 en ten aanzien van defecten in het organisme van de mens Rb Amsterdam 22 december 1959, NJ 1960, 284.

7. Hof Den Haag 14 november 1989, VR 1990, 66.

artikel 1407 oud BW alleen de gekwetste zelf een aanspraak op schadevergoeding toekwam. Aanvankelijk leek het daar wel op toen bij het Ontwerp van Invoeringswet Boeken 3-6 NBW (vijfde gedeelte) in 1982 artikel 6.1.9.11a werd opgenomen dat in het eerste lid sub d een derde tegenover de laedens een eigen aanspraak gaf tot vergoeding van schade ter zake van onder meer door de derde in verband met het letsel gemaakte kosten of gederfd inkomen, mits deze kosten werden gerechtvaardigd door de persoonlijke relatie waarin hij tot de gekwetste stond. In de Toelichting werden de bezoekkosten met name genoemd.<sup>8</sup> Een jaar later verviel het bepaalde in lid 1 sub d alweer, zij het dat de Toelichting er op wees dat de bedoelde bezoekkosten zouden kunnen vallen onder de verplaatste kosten in de zin van het huidige eerste lid van artikel 6:107, 'mits de gekwetste, zo hij zelf de betreffende kosten voor de familie zou hebben betaald, deze schade als door hem zelf geleden van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen'.<sup>9</sup>

Een oplossing die toch wat geforceerd aandoet en daardoor ruimte laat voor moeizame discussies over de toewijzing van aanspraken op vergoeding van bezoekkosten. Dit in tegenstelling tot de hier bedoelde aanbeveling en in zoverre lijkt deze zijn betekenis ook na 1 januari 1992 wel degelijk te behouden.

8. MvT Parl. Gesch. Inv. boek 6, blz. 1282-1283; 'Men denke bij voorbeeld aan de kosten die de echtgenoot, de naaste familie of andere intimi zelf moeten maken met het oog op bezoek e.d. aan de gekwete. Deze kosten moeten niet worden onderschat, met name als het ongeval ver van de woonplaats van het slachtoffer plaats vond en de bezoeker bij voorbeeld invalide is en dus moeilijk anders dan per taxi kan komen. Te denken valt ook aan kosten van overkomst uit of naar het buitenland ingeval van ernstige verwondingen en langdurige ziekenhuisopname. In dit laatste geval kan ook voor de bezoeker inkomensschade optreden, al dan niet in de vorm van gederfde snipper- of vakantiedagen. Ook in deze gevallen kan schadevergoeding op haar plaats zijn, mits de persoonlijke relatie van de derde tot de gekwete zodanig nauw was dat het maken van de kosten daarvoor werd gerechtvaardigd. Zo zou het gerechtvaardigd kunnen zijn dat de echtgenoot of een der kinderen van het slachtoffer, dat in ernstige toestand in het buitenland in het ziekenhuis terecht komt, zich daarheen begeeft, maar niet ook dat ooms, tantes en neven dit doen. Wat hier in concreto geldt, zal uiteraard afhangen van de omstandigheden van het geval.'
9. Nota van Wijziging Invoeringswet en Toelichting, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1288-1289.

### *Afremmende werking*

De aansprakelijkheidsverzekering kan ook een afremmende werking hebben als het gaat om het afwentelen van een door een derde geleden schade op de schadeverzekeraar, namelijk door voor bepaalde gevallen aan die schadeveroorzaker dekking te ontzeggen. Ik spreek uitdrukkelijk over een *afremmende* en niet een beperkende of zelfs uitsluitende werking; immers het ontbreken van verzekeringsdekking aan de zijde van de schadeverzekeraar ontnemt de vorderende partij niet zijn aanspraak op schadevergoeding, maar zal hem in de regel wel ontmoedigen om deze aanspraak geldend te maken bij gebreke van enig uitzicht op een daadwerkelijke vergoeding.

Illustratief is de per 1 januari 1992 ingevoerde clausule ter zake van groepsaansprakelijkheid en opzet in de AVP'92-polis:

'Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade die voor hem/haar het beoogde of zekere gevolg is van zijn/haar handelen of nalaten.  
Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een in groepsverband optredende verzekerde voor door rechtspersonen geleden schade die het beoogde of zekere gevolg is van een gedraging of gedragingen van de groep, ook ingeval niet de verzekerde zelf deze schade opzettelijk heeft veroorzaakt.'

De ratio van de onderhavige clausule is 'shopping for the best insured person' te voorkomen. Tengevolge van gedragingen in groepsverband kan er immers aansprakelijkheid ontstaan bij personen die niet zelf opzettelijk de schade hebben toegebracht, maar slechts deel van de groep hebben uitgemaakt. Aan deze 'meelopers' kan de opzetclausule niet worden tegengeworpen, zodat het aantrekkelijk zou worden juist hen aansprakelijk te stellen met name indien zij verzekerd zijn. 'Langs een omweg' zouden aansprakelijkheidsverzekeraars dan opzettelijk veroorzaakte schade moeten vergoeden. Daartoe zijn zij — uit oogpunt van slachtofferbescherming — alleen bereid wanneer de benadeelde een natuurlijk persoon is. Vandaar de aanvullende uitsluiting die met name ziet op (zaak)schade, direct geleden door rechtspersonen, zoals de Nederlandse Spoorwegen. Immers artikel 6:197 BW (tijdelijke regeling verhaalsrechten) stelt in feite de regeling van artikel 6:166 al buiten bereik van de professionele risicodragers.

### *Slachtofferbescherming en het recht op uitkering jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar*

De aansprakelijkheidsverzekering effectueert slachtofferbescherming vanzelfsprekend alleen indien de verzekeringspenningen niet bij de aansprakelijke verzekerde blijven steken of bij insolventie van de laatste diens schuldeisers ten goede zou komen (denk aan derdenbeslag onder de verzekeraar of aan faillissement van de verzekerde). Uitgangspunt behoort dus te zijn dat de verzekeringspenningen uiteindelijk de benadeelde ten deel vallen. De onverbreekelijke band die bestaat tussen de vordering van de benadeelde jegens de verzekerde en de vordering van de laatste jegens zijn verzekeraar, geeft daartoe alleszins een genoegzame rechtvaardiging.

Bij gebreke van een directe actie in de zin van artikel 6 WAM bood het oude recht de benadeelde nauwelijks of geen greep op de verzekeringspenningen en zeker niet in het geval van faillissement.

De vraag rijst of zulks anders is geworden per 1 januari 1992 onder het regiem van het nieuwe BW. *Anders* in ieder geval wel, gelet op het nieuwe artikel 3:287 BW, op grond waarvan de vordering tot vergoeding van schade is bevoorrecht op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben, voor zover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft.

Wordt het ook beter voor de benadeelde? Naar mijn mening minder dan op het eerste gezicht lijkt. Daar doet niet aan af dat het voorrecht van zeer hoge rang is en de benadeelde zijn vordering kan verhalen zonder dat hem rechten van derden op diezelfde vordering kunnen worden tegengeworpen.

Allereerst de situatie dat de verzekerde in staat van faillissement verkeert: de curator int de vordering uit verzekering en neemt de vordering van de benadeelde in de uitdelingslijst op als daarop bevoorrecht. Op het eerste gezicht een garantie voor volledige uitkering. Niets is minder waar. Allereerst blijven ook de geïnde verzekeringspenningen onderworpen aan de omslag van de algemene faillissementskosten in de zin van artikel 182 Fw. Bovendien staat ook het nieuwe artikel 53 Fw de aansprakelijkheidsverzekeraar toe (premie)schulden van de verzekerde met de verzekeringspenningen te verrekenen indien zowel de schulden als de vordering van de verzekerde beide zijn ontstaan vòòr de faillietverklaring of voortvloeien uit de handelingen vòòr de faillietverklaring met de gefailleerde verricht.

Opmerkelijk is dat de verzekeraar hier — mijns inziens ten onrechte — meer bescherming geniet dan de tussenpersoon ex artikel 7.17.1.11 Ontwerp NBW indien deze krachtens een delcrederebeding tegenover de verzekeraar voor de premiebetaling instaat. De bescherming van de laatste blijft beperkt tot de premieschuld, verbonden aan de betrokken aansprakelijkheidsverzekering. Een resultaat dat binnen de regeling van titel 7.17 overigens nog reparabel lijkt ten gunste van de benadeelde.

Buiten faillissement van de verzekerde kan de benadeelde zijn voorrecht slechts geldend maken door onder de verzekeraar derdenbeslag te leggen. Ook dan behoudt de verzekeraar de mogelijkheid van verrekening van een tegenvordering op de verzekerde (premienschulden). Artikel 6:130 lid 2 BW biedt hem daartoe de bevoegdheid, mits deze tegenvordering uit dezelfde rechtsvordering als de vordering van de verzekerde voortvloeit of reeds vóór het leggen van beslag aan de verzekeraar is opgekomen en opeisbaar geworden. De positie van de benadeelde is hier evenwel nog kwetsbaarder. De regeling baat de benadeelde niet indien hij verzuimt tijdig derdenbeslag te leggen en de verzekeraar daartoe aangesproken door de verzekerde reeds aan deze heeft uitgekeerd. Met de vordering is in die situatie dan ook het voorrecht verdwenen en vooralsnog vermag ik niet inzien wat daar juridisch tegen in valt te brengen. Voor een adequate bescherming kan het dus zijn dat van de benadeelde zelf juridisch relevante aktie wordt verlangd. Hier toont artikel 3:287 BW zijn zwakte ten opzichte van een regeling, waarbij de verzekeraar alleen bevoegd is aan de verzekerde te betalen indien en voor zover deze laatste bewijst de benadeelde te hebben schadeloos gesteld. Een regeling die vrijwel overal elders in Europa in enige vorm geldt. Voor buitenlandse gelaedeerden is het wellicht een schrale troost dat het voorontwerp van Wet betreffende het conflictenrecht inzake niet-contractuele verbintenissen in artikel 9 de mogelijkheid biedt een Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeraar ter zake van aansprakelijkheid van een Nederlandse verzekerde toch rechtstreeks aan te spreken indien het recht dat toepasselijk is op de onrechtmatige daad — en dat zal veelal het nationale recht van de benadeelde zijn — daarin voorziet.

# Boek 8 BW: een vreemde eend in de bijt?

*W.J. Oostwouder\**

## 1. INLEIDING

Boek 8 BW, getiteld 'Verkeersmiddelen en Vervoer', bevat een aantal bijzondere van het gewone BW afwijkende regelingen ten aanzien van rechten en voorrechten op schepen, ongevallen met schepen, de vervoerovereenkomst, en enige andere overeenkomsten die verband houden met het vervoer.

Omdat Prof. mr. H. Schadee, de ontwerper van boek 8 BW, er rekening mee hield dat boek 8 BW zou worden ingevoerd vóór de boeken 3, 5 en 6 BW, heeft hij zijn ontwerp gebaseerd op het oude BW. Uiteindelijk is boek 8 ook inderdaad vóór de inwerkingtreding van de boeken 3, 5 en 6 BW, namelijk op 1 april 1991, ingevoerd. Schadee heeft, teneinde te bewerkstelligen dat de invoering van de rest van het nieuw BW zo weinig mogelijk wijzigingen teweeg zou brengen, er naar gestreefd steeds rekening te houden met de ontwerpen en voorontwerpen van dit nieuwe BW.<sup>1</sup> Daarbij moest Schadee echter blijven uitgaan van de wetsartikelen van het oude BW. Boek 8 BW is op 1 januari 1992 formeel aangepast aan de boeken 3, 5 en 6 BW. Hier is slechts sprake van een formele aanpassing omdat de in de wet tot aanpassing van boek 8 BW opgenomen correcties en aanpassingen blijkens de Memorie van Toelichting Aanpassingswet, Ks 21658 nr. 3, blz. 1, alle louter technisch van aard zijn:

'Vermeden is om nog materiële wijzigingen aan te brengen. Het is wenselijk dat de praktijk zich op het thans tot stand gebrachte nieuwe recht kan oriënteren, zonder dat men reeds nu met nieuwe materiële wijzigingen wordt geconfronteerd.'

\* Mr W.J. Oostwouder is als universitair docent verbonden aan de Afdeling handelsrecht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Vgl. Voorontwerp boek 8, 's-Gravenhage 1972, blz. 1218.



Met M.A. van de Laarschot<sup>2</sup> ben ik van mening dat hieruit afgeleid kan worden dat de Minister verwacht dat op termijn boek 8 nog inhoudelijk aan de boeken 3 en 6 BW zal moeten worden aangepast. Dat een dergelijke aanpassing van bepaalde niet-uniforme gedeelten van boek 8 BW bijzonder wenselijk is blijkt onder meer uit het in noot 2 genoemde artikel van Van de Laarschot.

Boek 8 BW maakt nu formeel deel uit van de Nieuw BW-regeling. Boek 8 BW lijkt derhalve evenals de overige BW-boeken een 'eend' in de bijt van het Nieuw BW. Maar het feit dat belangrijke gedeelten van boek 8 BW afkomstig zijn uit het internationale vervoerrecht<sup>3</sup> brengt mee dat deze 'eend' bepaald niet van 'vreemde smetten' vrij is. Boek 8 BW is in dat opzicht een vreemde eend in de bijt. In het hiernavolgende zal een poging worden gedaan om de gevolgen van de 'vreemde smetten' voor de interpretatie van boek 8 BW te beschrijven.

## 2. UNIFICATIE VAN HET VERVOERRECHT

### 2.1 *Wijzen van unificatie*

Sinds het einde van negentiende eeuw streeft men doelgericht naar de totstandkoming van internationale eenvormige (uniforme) regels van vervoerrecht. Unificatie van rechtsregels vindt in hoofdzaak op drie<sup>4</sup> wijzen plaats:

(1) Door middel van verdragen. Hierbij kan men een onderscheid maken tussen (a) rechtstreeks (direct) werkende bepalingen uit verdragen en (b) niet rechtstreeks werkende bepalingen uit verdragen. Of bepalingen uit een verdrag rechtstreekse werking hebben, kan men afleiden uit de tekst en strekking van het verdrag. Indien daaruit volgt dat zij naar inhoud een ieder verbinden werken zij rechtstreeks (art. 93 Grondwet). Direct werkende bepalingen uit een verdrag gaan boven de Nederlandse wettelijke regeling (art. 94 Grondwet). Niet direct werkende bepalingen uit een verdrag kunnen boven een

2. De ontbinding van de vervoerovereenkomst en boek 8 BW, RM Themis 1992, blz. 17.
3. Zie K.F. Haak, Kwartaalbericht NBW 1991/4, blz. 112 en R.Cleton, De incorporatie van verdragen in boek 8 BW, in: Liber amicorum NBW, Arnhem/Deventer/Zwolle, blz. 141 en R. Cleton, De ontwikkeling van het transportrecht, in: 150 jaar Wetboek van Koophandel, Deventer 1989, blz. 65-66.
4. Men zie hiervoor P.L. Wery, De autonomie van het eenvormig privaatrecht, Rede Leiden 1971, blz. 9-11.

nationale wettelijke regeling gaan indien het betrokken verdrag expliciet op de betrokken (soort) rechtsverhouding van toepassing is verklaard. Dit kan door middel van verwijzing in een wettelijke (bijvoorbeeld art. 8:371 BW) of contractuele<sup>5</sup> bepaling geschieden.

Daarnaast is het mogelijk dat de nationale wetgever regels van het betrokken verdrag incorporeert in het nationale recht door deze regels vrijwel woordelijk in de nationale wet over te nemen. Zowel rechtstreeks werkende verdragen als niet rechtstreeks werkende verdragen kunnen in de nationale wetgeving worden geïncorporeerd. Dit heeft ook bij direct werkende verdragen zin, indien de wetgever voor situaties die niet onder de verdragsregeling vallen inhoudelijk dezelfde regeling wil laten gelden.

Het bekendste voorbeeld van een in onze nationale wetgeving geïncorporeerd verdrag is het Gewijzigd Cognossementsverdrag (GCV). Dit bestaat uit het in 1924 gesloten Brussels Cognossementsverdrag (BCV) en de aanvullende Protocollen uit 1968 en 1979. De Nederlandse wetgeving (het Wetboek van Koophandel, na invoering van boek 8 Burgerlijk Wetboek zijn deze bepalingen in dit wetboek opgenomen) is eerst aan het BCV en later aan het GCV aangepast. Dit geschiedde aanvankelijk alleen door incorporatie. Later wenste de wetgever echter dat de rechter in bepaalde situaties rechtstreeks zou kunnen teruggrijpen op de GCV zelf. Hij bereikte dit door middel van de bovengenoemde dwingende verwijzingsbepaling, art. 8:371 BW (voorheen art. 467a WvK).

(2) Door middel van richtlijnen of modelwetten. Een voorbeeld hiervan zijn de EEG-richtlijnen. Iedere lidstaat is verplicht de inhoud van een dergelijke richtlijn binnen een bepaalde tijd in zijn wetgeving te verwerken. Binnen het vervoerrecht komt unificatie door middel van richtlijnen of modelwetten nauwelijks voor.

(3) Door middel van standaarddocumenten, -contracten, -voorwaarden en -clausules, die binnen een bepaald rechtsgebied internationaal door partijen in hun contracten toepasselijk worden verklaard. Deze documenten en regelingen worden ontworpen op internationale conferenties van belanghebbenden of door handelslichamen als de

5. In het Alnati-arrest, HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3, is beslist dat een bij internationale contracten gemaakte keuze voor een rechtsstelsel *in beginsel* boven het (dwingende) nationale recht gaat dat zonder een dergelijke keuze van toepassing zou zijn geweest. Men zie voor de implicaties van dit arrest voorts J.G. Sauveplanne, *Elementair internationaal privaatrecht*, Deventer 1989, blz. 57-59.

Internationale Kamer van Koophandel. Het initiatief voor het houden van dergelijke conferenties is afkomstig van diverse particuliere of gouvernementele organisaties. Een bekende particuliere organisatie is de in 1873 opgerichte International Law Association, de bekendste intergouvernementele organisatie is het in 1926 opgerichte Institut International pour Unification du Droit Privé te Rome, afgekort Unidroit. Daarnaast zijn er ook commissies<sup>6</sup> van de Verenigde Naties en allerlei organisaties van belanghebbenden bij het betreffende vervoer<sup>7</sup> actief op dit gebied.

## 2.2 *Zijn uniforme regelingen autonome onderdelen van het recht?*

Met de constatering dat op een bepaalde rechtsverhouding uniform recht van toepassing is, zijn nog niet alle problemen opgelost. Vaak zijn — net als onze nationale regels — uniforme regels voor meerdere interpretaties vatbaar. De nationale rechter moet beslissen op welke wijze hij dit recht moet interpreteren. Moet hij dit uniforme recht ‘inpassen’ in zijn nationale recht of moet hij dit uniforme recht als een ‘autonoom’ onderdeel van het recht interpreteren?

Daarbij rijst de vraag wat er in dit verband onder autonomie verstaan wordt. Volgens Pitlo<sup>8</sup> is een onderdeel van het privaatrecht autonoom, wanneer het zich onafhankelijk van het gemene recht ontwikkelt, een eigen dogmatiek en eigen beginselen kent en wanneer het door de rechter en doctrine op eigen wijze mag worden geïnterpreteerd. Maar hoe weten wij of een bepaald gedeelte van het privaatrecht als autonoom mag worden gekwalificeerd? Volgens Wery<sup>9</sup> mag en moet alleen dan aan een onderdeel van het privaatrecht

6. Bijvoorbeeld de Commissie voor het Internationaal Handelsrecht (UNICTRAL).
7. Op het gebied van het zeerecht is het in 1896 opgerichte Comité Maritime International (CMI) werkzaam. In deze organisatie werken ladingbelanghebbenden, verzekeraars, bankiers en reders samen om een evenwichtige verdeling van de risico's verbonden aan het vervoer over zee te bewerkstelligen. Zo werden reeds in de negentiende eeuw de York-Antwerp Rules (YAR) opgesteld. Deze regels betreffen het instituut van de avarij-grosse. Deze YAR hebben niet de status van een verdrag. De regeling van boek 8 BW met betrekking tot de avarij-grosse is geheel geënt op de — inmiddels herziene — YAR. In art. 8:613 wordt zelfs verwezen naar de YAR.
8. RM Themis 1961, blz. 529, 531 en 535. Evenals Wery, a.w. blz. 4 leid ik deze criteria af uit de hiervoor genoemde bladzijden van het artikel van Pitlo in RM Themis.
9. A.w. blz. 6.

recht autonomie worden toegekend 'als de bijzondere functie die het onderdeel in de samenleving vervult, zozeer van de functie van het gemene recht afwijkt, dat het doel dat de wetgever zich bij het scheppen van de bijzondere regels heeft gesteld, niet zou kunnen worden bereikt, indien de verdere ontwikkeling van die regels, met name de rechtsvinding, zou moeten plaatsvinden op basis van het systeem van het gemene recht en de rechter dus de plicht zou hebben zijn beslissingen steeds in dat systeem in te passen.'

Laten wij eens toetsen of uniforme regelingen aan dit criterium voldoen. Allereerst constateren wij dat de betrokken uniforme regeling op enigerlei wijze door de nationale wetgever moet zijn 'geschapen'. Dit laatste zou ik aldus willen begrijpen dat de nationale wetgever deze uniforme regeling kracht van wet of verdrag moet hebben verleend. Dit is het geval bij verdragen die het desbetreffende land heeft geratificeerd. Maar dit geldt ook voorzover de nationale wetgever een verdrag of andere internationale regeling in haar wetgeving — al dan niet door verwijzing — heeft geïncorporeerd. De wetgever stelt zich bij de totstandbrenging van of het zich aansluiten bij uniforme regelingen tot doel zich te conformeren aan de betrokken internationaal geldende regeling. Dit doel kan niet worden bereikt indien de nationale rechter bij de rechtsvinding de uniforme regels zou inpassen in zijn eigen nationale systeem. Indien iedere nationale rechter zijn eigen interpretatie van de betrokken uniforme regels geeft, zal de beoogde rechtseenheid snel verdwijnen.<sup>10</sup> Het gestelde doel 'unificatie' van dit onderdeel van het recht wordt dan niet bereikt. Geconcludeerd kan worden dat uniforme regels in ieder geval<sup>11</sup> 'autonoom'<sup>12</sup> moeten worden geïnterpreteerd zodra de wetgever van het betrokken land deze regels kracht van verdrag of wet heeft verleend.

Gezien het bovenstaande lijkt het evident dat rechtstreeks wer-

10. Vgl. A.V.M. Struyken, Het handelsrecht hoe langer hoe meer over de grenzen heen, in: 150 jaar Wetboek van Koophandel, Deventer 1989, blz. 79.
11. Struyken, a.w. blz. 82-85, lijkt van een veel ruimere opvatting uit te gaan. Naar mijn mening ontkomt de rechter bij de toepassing en interpretatie van niet-geïncorporeerde regels van uniform recht die slechts de status hebben van internationale standaardvoorwaarden, er soms niet aan deze regels te passen binnen het systeem van het toepasselijke nationale recht. Dit geldt met name indien deze standaardvoorwaarden in strijd zijn met dwingend recht.
12. Men zie voor de methoden van rechtsvinding die worden gehanteerd als het om eenvormig privaatrecht gaat § 3.1.

kende verdragen als ‘autonome’ rechtssystemen behandeld moeten worden. Mendel<sup>13</sup> wijst er echter op dat ook bij verdragsinterpretatie door de Hoge Raad autonome uitlegging wel eens ver te zoeken is geweest. De laatste jaren legt de Hoge Raad dergelijke verdragen echter veelal autonoom uit.<sup>14</sup>

Uniforme regelingen, die in de nationale wet zijn geïncorporeerd, dienen eveneens ‘autonoom’ geïnterpreteerd te worden. Dit geldt zelfs indien de uniforme regels naar de vorm in het nationale rechtssysteem zijn ingebed. De verleiding om deze regels ook naar de inhoud als deel van dat systeem te interpreteren is dan veel groter. De nationale rechter moet echter weerstand bieden aan deze verleiding en zich ook bij geïncorporeerde uniforme regelingen opstellen als een supra-nationaal college.<sup>15</sup>

### 2.3 Is Boek 8 BW ‘autonoom’ of ‘betrekkelijk autonoom’?

In boek 8 BW is een aantal uniforme regelingen geïncorporeerd. De wetgever heeft daarbij gekozen voor de methode om verdragsbepa-

13. M.M. Mendel wijst in zijn noot onder het Picchi-arrest, HR 13 september 1991, NJ 1992, 110, blz. 402 in dit verband op het inmiddels achterhaalde arrest HR 6 november 1919, NJ 1919, blz. 1178 (Sleepschip Goede Gunst) met betrekking tot de vraag of een Nederlands schip een zeeschip is in de zin van het Brusselse Aanvaringsverdrag 1910.
14. Men zie hiervoor onder meer het eerdergenoemde Picchi-arrest, HR 13 september 1991, NJ 1992, 110 en HR 29 juni 1990, NJ 1992, 106, S&S 1990, 110 (Gabriële Wehr), besproken in het december-nummer van EVR 1991, blz. 743-761 door A. van Beelen. Men zie voor een uitvoeriger jurisprudentie-overzicht de eerder besproken noot van Mendel in NJ 1992, 110 onder het Picchi-arrest.
15. Struyken a.w. blz. 79. Daarbij dient de strekking van de uniforme bepaling zelfs boven de achterliggende bedoeling die de nationale wetgever bij incorporatie van de betrokken uniforme bepaling had te prevaleren. A-G Franx merkt in zijn conclusie bij HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 (blz. 1490) op dat hij voor de uitlegging van art. 12 lid 4 Auteurswet de interpretatie van art. 11*bis* lid 1 sub 2 Berner Conventie (de uniforme bepaling waarop art. 12 AW gebaseerd is, WJO) doorslaggevend acht. ‘Daarbij dient dan te worden gelet op de totstandkoming van die verdragsbepaling (de ‘bedoeling’ van de verdragswetgever) en, vooral, op de rechtsvergelijking, dat wil zeggen de uitlegging die in andere landen daaraan wordt gegeven. Wijzen al die factoren in dezelfde richting, dan heeft m.i. de Nederlandse rechter zich ter wille van een *uniforme verdragsuitlegging* die niet regelrecht in strijd is met de tekst van het Verdrag en van de Nederlandse wet, daarbij aan te sluiten, ook al wijkt hij aldus af van het standpunt van de Nederlandse regering dienaangaande.’ Vgl. in dit verband Mendel, a.w. blz. 402.

lingen zoveel mogelijk letterlijk te vertalen en te plaatsen op een daarvoor juist geachte plaats in de wet.<sup>16</sup>

Men kan zich afvragen welke gevolgen deze 'vreemde smetten' voor boek 8 BW meebrengen. Mogen alle bepalingen van boek 8 BW in het licht van de de boeken 3, 5 en 6 BW geïnterpreteerd worden? Of is boek 8 BW 'autonoom' dan wel 'betrekkelijk autonoom'?<sup>17</sup> Autonomie is in § 2.2 reeds gedefinieerd. Onder betrekkelijke autonomie van boek 8 BW versta ik dat niet geheel boek 8 BW als een eigen onafhankelijk rechtssysteem moet worden gezien, maar bepaalde onderdelen van boek 8 BW als afzonderlijke rechtsstelsels moeten worden gezien en als zodanig geïnterpreteerd moeten worden.

Kan men nu op goede gronden volhouden dat boek 8 BW in zijn geheel autonoom is? Mijns inziens niet. Noch uit de wetgeschiedenis noch uit de tekst van boek 8 BW blijkt dat de functie van boek 8 BW zozeer van de functie van het gemene recht afwijkt dat het doel dat de wetgever bij het totstandbrengen van boek 8 heeft gesteld niet zou kunnen worden bereikt indien de verdere ontwikkeling van boek 8 BW plaatsvindt op basis van het systeem van het gemene recht. Er blijkt eerder van het tegengestelde. De wetgever heeft beoogd Boek 8 deel uit te laten maken van de NBW-regeling en gaat er impliciet vanuit dat in de toekomst inhoudelijke aanpassing van boek 8 aan de boeken 3, 5 en 6 BW zal plaatsvinden. Thans wordt er op sommige punten al nadrukkelijk aangesloten bij boek 3 BW. Men zie hiervoor onder meer de artikelen 8:191 sub a en 781 sub e BW waarin wordt bepaald dat onder openbare registers, de openbare registers bedoeld in afdeling 2 van titel 11 in boek 3 wordt verstaan.

Maar is boek 8 dan wellicht betrekkelijk autonoom? In boek 8 BW vinden wij op het gebied van het zee- en binnenvaartrecht diverse uniforme regelingen, die elk afkomstig zijn uit een afzonderlijke internationale regeling. De wetgever merkt<sup>18</sup> ten aanzien van de in boek 8 geïncorporeerde verdragen op dat deze

16. Zie Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 8 BW, a.w. blz. 3-4.

17. Deze term bezigt K.F. Haak in Kwartaalbericht Nieuw BW 1991/4, blz. 111.

18. Men zie hiervoor de Memorie van Toelichting van de Vaststellingswet van Boek 8 eerste stuk, Ks 14049, nrs 3-4 blz. 3-4 en Voorontwerp boek 8 BW, a.w. blz. 1217-1218.

‘beogen een zo groot mogelijke eenvormigheid te bereiken en het is ook om tot deze uniformiteit bij te dragen dat Nederland tot ratificatie is overgegaan.’

En:

‘Bij deze aanpassing van het Nederlandse recht aan de inhoud der internationale verdragen volgt het ontwerp de tot dusver steeds toegepaste methode van zoveel mogelijk letterlijke vertaling, inpassing van het verdrag op de daarvoor juist geachte plaats in de wet, ook al worden daardoor soms de verdragsartikelen niet in hun oorspronkelijke volgorde gelaten, en open laten van ook door het verdrag niet opgeloste moeilijkheden. Zoals opgemerkt door de vaste Commissie voor Justitie in haar voorlopig verslag bij wetsontwerp 7248 (Zitting 1963-1964, dd. 23 maart 1964) heeft dit laatste ten gevolge, dat de nationale rechter een open oog zal moeten hebben voor de internationale ontwikkeling waaraan de onderhavige materie zal zijn onderworpen. Slechts het vermijden van iedere wettelijke verdragsinterpretatie geeft hem hier de vrijheid zich te conformeren aan zich elders aftekenende koersrichtingen en de mogelijkheid zelf op deze koersrichting invloed uit te oefenen.’

Wij zien dat de wetgever er van uitgaat dat de verschillende uniforme regelingen in boek 8 BW autonoom kunnen en moeten worden geïnterpreteerd.

Boek 8 BW bestaat dus uit een aantal afzonderlijke rechtssysteempjes, die door de ontwerper van boek 8 BW op een kunstige wijze met een aantal aanvullende bepalingen en niet-uniforme regelingen tot een wetboek zijn gevoegd. Zo bevat titel 5 afdeling 2 boek 8 BW een aantal bepalingen, die een letterlijke vertaling zijn van bepalingen uit het Gewijzigd Cognossemensverdrag, maar tevens bepalingen die door de wetgever zelf zijn ontworpen. Voorts bevat de regelingen voor aanvaring in titel 6 afdeling 1 (aanvaringen waarbij een zeeschip is betrokken) en in titel 11 afdeling 1 (aanvaringen waarbij uitsluitend binnenschepen zijn betrokken) uniforme bepalingen, maar ook enige bepalingen die uit de koker van de ontwerper van boek 8 BW komen. De eerstgenoemde regeling is grotendeels gebaseerd op het Brussels Aanvaringsverdrag 1910 en laatstgenoemde regeling is grotendeels gebaseerd op het Geneefse Binnenaanvaringsverdrag 1961. De bepalingen in titel 6 afdeling 2 zijn voor een groot deel afkomstig uit het Hulpverleningsverdrag uit 1910. Deze titel bevat derhalve eveneens uniform recht.<sup>19</sup>

Naast regelingen die uniform recht bevatten vinden wij in boek 8

19. Nota bene, dit is geen uitputtende opsomming van de uniforme regelingen die in boek 8 BW zijn opgenomen!



BW ook een aantal regelingen, die door onze nationale wetgever zelf zijn ontworpen. Men denke hier bijvoorbeeld aan titel 1 (Algemene bepalingen) en titel 2 afdeling 1 (restregeling voor de overeenkomst van goederenvervoer), afdeling 3 (de expeditie-overeenkomst), afdeling 4 (restregeling van de overeenkomst van personenvervoer), titel 5 afdeling 1 waarin de exploitatie-overeenkomst geregeld wordt, maar ook aan titel 13 waarin wij een regeling vinden voor de overeenkomst van vervoer over de weg en de verhuisovereenkomst. Hoewel de overeenkomst tot grensoverschrijdend goederenvervoer om baat over de weg in een belangrijk verdrag, het CMR-verdrag, geregeld wordt, heeft onze nationale wetgever gekozen voor een eigen niet-uniforme regeling voor het nationale goederenvervoer over de weg. Op deze en andere niet-uniforme regelingen kunnen de bepalingen van de boeken 3, 5 en 6 BW (voorzover het lex specialis-karakter van deze regelingen dit niet verhindert) uiteraard zonder bezwaar worden toegepast.<sup>20</sup>

### 3. AUTONOME INTERPRETATIE VAN UNIFORM RECHT

#### 3.1 *Gevolgen autonome interpretatie van uniform recht*

Autonome interpretatie van uniforme bepalingen brengt mee dat de rechter bij de interpretatie van de in boek 8 BW geïncorporeerde uniforme regels eerst moet kijken naar de redactie, strekking en achtergrond van betrokken uniforme regels, de uitleg die hieraan in de betrokken verdragsstaten gegeven wordt, en de internationale rechtsbeginselen.<sup>21</sup> Mag hij daarbij uitgaan van de toepasselijkheid van de in de boeken 3 en 6 BW opgenomen bepalingen?

Wery<sup>22</sup> merkt hieromtrent het volgende op:

20. B. Wachter, Zeerecht geboid aan het toekomstige gemene recht, in: In het nu, wat worden zal, Deventer 1991, blz. 316, lijkt hier eveneens vanuit te gaan. Hij acht het immers mogelijk om uitwassen van de in art. 8:364 lid 3 neergelegde regel te corrigeren met een analogische toepassing van art. 6:248 BW. Van de Laarschot, a.w. blz. 16-17 gaat kennelijk ook uit van de opvatting dat de bepalingen van boek 6 BW op door niet-uniforme bepalingen van boek 8 BW geregelde rechtsverhoudingen mogen worden toegepast. Hij acht het immers mogelijk om door middel van toepassing van art. 6:258 BW de niet-uniforme bepaling van art. 8:387 BW opzij te zetten.

21. Men zie voor de methoden die bij interpretatie van uniforme regelingen gebruikt worden M.M. Mendel, a.w. blz. 402-403, als mede de daar genoemde literatuur.

22. A.w. blz. 30.

‘Het derde en zesde Boek met algemene regels van vermogens- en verbintenissenrecht zullen in mijn visie niet toepasselijk zijn op al die brokken eenvormig recht die als evenzovele corpora aliena in de Boeken 7-9 moeten worden opgenomen en waarvan het aantal snel zal toenemen. “In beginsel”, want de grote rol die de rechtsvergelijking bij de totstandkoming van die algemene gedeelten heeft gespeeld, geeft hoop dat verscheidene daarin opgenomen regels internationaal aanvaardbaar zullen zijn.’

Dit betekent dat de rechter voordat hij een bepaling uit de boeken 3 en 6 BW toepast op een rechtsverhouding die wordt geregeld door een uniforme regeling niet alleen moet nagaan in hoeverre de betrokken bepaling van de boeken 3 en 6 BW met de inhoud en strekking van de uniforme regeling te verenigen is maar ook in hoeverre de betrokken bepaling internationaal aanvaardbaar is.

Dit zal met bepalingen die uitgaan van de mogelijkheid van de rechter om op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wettelijke bepalingen opzij te zetten uiterst zelden het geval zijn. Zo zal de matigingsbevoegdheid die door art. 6:109 BW aan de rechter wordt toegekend niet mogen worden uitgeoefend bij regelingen in boek 8 BW waarvoor een uit een verdrag geïncorporeerde limitering geldt. Internationaal is dan de schadevergoedingsplicht na afweging van de belangen van betrokken partijen reeds beperkt. Maar ook andere bepalingen die gebaseerd zijn op derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals art. 6:248 BW, kunnen niet zomaar worden toegepast. Het in de uniforme regeling neergelegde evenwicht tussen partijen mag in beginsel niet door een nationale bepaling worden verstoord. Maar kunnen bepalingen van de boeken 3, 5 en 6 BW dan wel aanvullend werken? Uniforme regelingen zijn immers vaak niet uitputtend bedoeld, zij bevatten in vele gevallen slechts ‘certain rules’. Hoe moet de nationale rechter de gaten opvullen indien noch de redactie en de ratio of strekking van het verdrag, noch de verdragsgeschiedenis noch de rechtspraak of literatuur in de andere landen het antwoord bieden?

Wery<sup>23</sup> reikt hiervoor het volgende richtsnoer aan. De rechter

‘moet zoeken naar rechtsbeginselen, erkend in de internationale gemeenschap, althans in de betrokken verdragsstaten... Mocht hij geen gemeenschappelijke beginselen vinden, dan zal hij *die* oplossing uit het recht van elk der verdragsstaten mogen en moeten kiezen die, gelet op de doeleinden van het verdrag, hem het beste toeschijnt.’

23. A.w. blz. 26-28.

Dit gemeenschappelijk beginsel of bij het ontbreken daarvan de bedoelde beste oplossing kan dan heel goed in een bepaling van de boeken 3 en 6 BW opgesloten liggen. Hoe komt de rechter er achter of dit het geval is?

Vaak vindt hij het antwoord op deze vraag pas na een uitgebreid en tijdrovend onderzoek. De cassatieprocedure biedt voldoende mogelijkheden voor een dergelijk onderzoek. Dit ligt echter anders bij procedures voor de lagere rechter. Daar moeten vaak snel bepaalde knopen worden doorgehakt. Wery<sup>24</sup> merkt dan ook op dat men in de praktijk niet onder alle omstandigheden van de lagere rechter kan verlangen dat hij een onderzoek instelt naar rechtsbeginselen in alle verdragsstaten of de meerderheid daarvan. In dat geval moet deze rechter voordat door hem een Nederlandse regel wordt toegepast, bedenken of deze

‘zó redelijk is, zózeer aan de praktische wereldbehoeften voldoet, dat hij een regel van Europees of zelfs van wereldrecht zou kunnen zijn.’

Het spreekt voor zich dat redelijkheid in dit verband enigszins anders geïnterpreteerd moet worden dan in art. 3:12 BW. Volgens dit artikel moet bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening gehouden worden met algemeen aanvaarde rechtsbeginselen, de in *Nederland* (cursivering WJO) levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

Maar hoe zit het met aanvulling door de niet-uniforme bepalingen uit boek 8 BW? Deze kan men onderscheiden in twee soorten bepalingen. Bepalingen die niet specifiek zijn ontworpen om de betrokken uniforme regeling aan te vullen (bijvoorbeeld de algemene bepalingen in de artikelen 8:1-13 BW) en bepalingen die wel met een dergelijk doel ontworpen zijn. Voor de eerstgenoemde categorie geldt hetzelfde als voor de bepalingen uit de boeken 3 en 6 BW. Indien de nationale wetgever echter de betrokken uniforme bepalingen desbewust heeft aangevuld met niet-uniforme nationale bepalingen, zal de wetgever in de meeste gevallen onderzocht hebben of een dergelijke aanvulling past bij de betrokken uniforme regeling en zo redelijk is dat dit een regel van Europees of wereldrecht zou kunnen zijn. Een dergelijke aanvulling van de wetgever kan mijns inziens

24. A.w. blz. 28

voor de betrokken rechter het vermoeden opleveren dat de betrokken bepaling aan het redelijkheidscriterium voldoet.

### *3.2 Voorbeelden van interpretatie van uniforme bepalingen boek 8*

Na een lang verhaal over de aard en consequenties van uniform recht is het prettig indien een en ander met een paar voorbeelden wordt toegelicht.

#### *Voorbeeld I*

A, eigenaar van een zeeschip, neemt een kapitein in dienst. De kapitein gaat op naam van de eigenaar/vervoerder jegens afzender B de verbintenis aan om over zee aan boord van dit schip voor B zaken te vervoeren. Vervolgens ontstaat door een grove fout van de kapitein brand in een ruim van het schip waardoor de vervoerde zaken van A beschadigd worden. B stelt een actie uit hoofde van wanprestatie in tegen A en vordert schadevergoeding. B beroept zich echter op de ontheffingsgrond ex art. 8:383 lid 2 sub b BW. Uit dit artikelid volgt dat noch de vervoerder van zaken aan boord van een schip over zee noch (de eigenaar van) het schip aansprakelijk is indien er schade aan deze zaken ontstaat ten gevolge van 'brand, tenzij deze te wijten is aan persoonlijke schuld van de vervoerder'. Deze bepaling is afkomstig uit het Gewijzigd Cognossementsverdrag art. IV sub 2b dat het volgende inhoudt:

'Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:

(...)

b. Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier;'

Na het bovenstaande betoog zal duidelijk zijn dat het begrip 'persoonlijke schuld' bij een uniforme interpretatie moet worden uitgelegd aan de hand van de tekst, strekking en geschiedenis van het Gewijzigd Cognossementsverdrag. Dit brengt mee dat persoonlijke schuld van de vervoerder aan de hand van de Angelsaksische begrippen 'actual fault or privity of the carrier' en de daarmee corresponderende Amerikaanse begrippen, respectievelijk 'design or neglect'

en 'privity or knowledge'<sup>25</sup> en niet aan de hand van het Nederlandse begrip schuld moet worden uitgelegd.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of de fout van de kapitein *persoonlijke* schuld van de vervoerder oplevert. Ook naar Nederlands recht zal duidelijk zijn dat het begrip persoonlijke schuld meebrengt dat de vervoerder in afwijking van art. 6:76 BW niet aansprakelijk is voor fouten van door hem ingeschakelde hulppersonen. Indien de vervoerder een rechtspersoon is rijst er een probleem. Wordt de grove fout van de kapitein toegerekend aan de vervoerder en als persoonlijke schuld van de rechtspersoon gekwalificeerd? In ons nationale recht gaan wij er gewoonlijk van uit dat handelingen van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon worden toegerekend zodra deze in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als handelingen van de rechtspersoon. Men zie hiervoor HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (CJHB). Ditzelfde criterium wordt gebruikt om te bepalen of een fout van een natuurlijk persoon schuld oplevert in de zin van art. 6:75 BW.<sup>26</sup> Aan de hand van dit criterium zou men in het hierboven geschetste geval kunnen volhouden dat de vervoerder/rechtspersoon persoonlijke schuld heeft omdat een handeling van deze kapitein, die in de praktijk regelmatig namens de vervoerder optreedt, 'in het maatschappelijk verkeer' heeft te gelden als een handeling van de vervoerder/rechtspersoon. Op grond van art. IV sub 2b heeft een rechtspersoon alleen 'actual fault or privity' bij de brand indien er sprake is van schuld van een persoon, die is aan te merken als 'the directing mind and will of the corporation, the very ego and center of the personality of the corporation'.<sup>27</sup> De kapitein

25. Men zie in dit verband S. Royer, Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht, Zwolle 1959, blz. 532-534.
26. Men zie hiervoor A.S. Hartkamp, Asser-Hartkamp I, Zwolle 1988, nr. 328 en T&C (Olthof), aant. 2 bij art. 6:76.
27. Lennard's Carrying Co v. Asiatic Petroleum Co, (1915) A.C. 705. Vgl. voorts de overige door S. Royer, a.w. blz. 542-546 vermelde jurisprudentie. Vergelijk voorts Scrutton on charterparties, Londen 1974, blz. 488-490 en Carvers Carriage by sea, Londen 1982, blz. 288-293. Men zie ook voor het begrip 'persoonlijke schuld' artikel 740c WvK dat eveneens gebaseerd is op het begrip 'actual or privity' (uit het verdrag van Brussel van 10 oktober 1957 nopens de beperkte aansprakelijkheid van eigenaren van zeeschepen). Hier wordt blijkens een in de Memorie van Toelichting, zitting 1963, Ks 7248, nr. 3, blz. 7 op art. 740c lid 1 WvK aangehaald Brits amendement op het bovengenoemde Limiteeringsverdrag onder 'actual fault or privity' van rechtspersonen verstaan 'the personal fault ..of the person or persons in whom the chief management of the

kan veelal niet als zodanig gekwalificeerd worden.<sup>28</sup>

### *Voorbeeld II*

Art. 8:2 lid 1 BW bepaalt het volgende:

‘In dit wetboek worden onder zeeschepen verstaan de schepen, die teboekstaan in het in artikel 193 genoemde register (het register voor zeeschepen, WJO), alsmede de schepen, die noch in dit register, noch in het in artikel 783 genoemde register (het register voor binnenschepen, WJO) teboekstaan en blijkens hun constructie uitsluitend of in hoofdzaak voor drijven in zee bestemd zijn.’

In boek 8 BW vinden wij twee regelingen voor aanvaringen. De eerste regeling, die geldt voor aanvaringen tussen zeeschepen, vinden wij in titel 6 afdeling 1 (de artikelen 8:540-547 BW). De tweede regeling die geldt voor aanvaringen tussen binnenschepen staat in titel 11 afdeling 1 (de artikelen 8:1000-1007 BW). Bij een aanvaring waarop Nederlands recht van toepassing is<sup>29</sup> en waarbij zowel een zeeschip als een binnenschip zijn betrokken, komt de vraag aan de orde welke aanvaringsregeling van toepassing is. Artikel 8:542 BW geeft het volgende antwoord op deze vraag:

‘Indien een zeeschip door een aanvaring schade heeft veroorzaakt, dan wel aan een zeeschip, deszelfs opvarenden of de zaken aan boord daarvan door een schip schade is veroorzaakt, wordt de aansprakelijkheid voor deze schade geregeld door deze afdeling.’

affairs of the company or corporation as an owner of ships resides and does not in any case include fault based upon vicarious responsibility for acts or omissions of servants or agents’. Men zie voor deze kwestie Arr. Rechtbank Rotterdam 15 juni 1981, S&S 1981, 93 en Hof 's-Gravenhage 23 maart 1984, S&S 1984, 105, resp. in eerste en in tweede instantie inzake Nedlloyd Bahrain.

28. Men zie hiervoor de door Royer, a.w. blz. 543 aangehaalde uitspraak inzake de Erie Lighter nr. 108.
29. Bij een aanvaring tussen een zeeschip en een binnenschip is in beginsel het rechtstreeks werkende Brusselse aanvaringsverdrag van toepassing ongeacht of deze aanvaring op de binnenwateren of de zee geschiedt (zie art. 1 van dit verdrag). Indien alle betrokkenen tot dezelfde staat behoren als de rechter die over de aanvaring moet oordelen is op grond van art. 12 lid 2 sub 2 van het Brussels Aanvaringsverdrag nationaal recht van toepassing. Onder ‘betrokken personen’ moeten blijkens Rechtbank Rotterdam 11 juni 1930, NJ 1930, blz. 1091 worden verstaan: diegenen van wie uit de rechtsstrijd blijkt dat zij een belang hebben bij de aanvaring. In het vonnis van Rechtbank Rotterdam 3 november 1970, S&S 1971, 55 wordt deze kring van belanghebbenden verder beperkt tot degenen die in het geding betrokken zijn.



Kort gezegd komt dit er op neer dat indien bij de aanvaring een zeeschip is betrokken de regeling voor zeeschepen in boek 8 BW van toepassing is. Irrelevant is dan of de aanvaring al dan niet op de binnenwateren plaatsvindt. Cruciaal bij deze bepaling is de vraag of één van de betrokken schepen een zeeschip is.

Op het eerste gezicht lijkt men hiervoor van de definitie uit art. 8:2 lid 1 te kunnen uitgaan. Hier kan men echter de nodige vraagtekens bij zetten. De regeling in art. 8:540 BW e.v. is grotendeels gebaseerd op het Brusselse Aanvaringsverdrag. In dit verdrag wordt onder een zeeschip iets anders verstaan dan in boek 8 BW. Dit blijkt uit HR 21 april 1932, NJ 1932, blz. 1470 e.v. Daarin (blz. 1472) concludeert de Hoge Raad op grond van de Franse tekst en de geschiedenis van dat verdrag 'dat hierbij uitsluitend op schepen die de zee bevaren wordt gedoeld.' Een uniforme interpretatie van de in boek 8 BW opgenomen aanvaringsregeling brengt derhalve mee dat bij de aanvaringsregeling in boek 8 BW uitgegaan moet worden van een andere definitie van een zeeschip dan in art. 8:2 lid 1 BW is vermeld. Voor de vraag of een schip als een zeeschip gekwalificeerd moet worden is in dat geval niet beslissend in welk register een schip is ingeschreven of bij gebreke daarvan, waartoe het geconstrueerd is maar het antwoord op de feitelijke vraag of het een schip is dat de zee bevaart. Wij zien dat uniforme interpretatie van art. 8:542 BW (gebaseerd op art. 1 Brussels Aanvaringsverdrag) meebrengt dat ten aanzien van de aanvaringsregeling in Titel 6 afdeling 1 boek 8 BW een andere definitie voor zeeschip gehanteerd moet worden dan die vermeld staat in de algemene bepaling art. 8:2 BW.

### *Voorbeeld III*

Een zeeschip en een binnenschip komen met elkaar in aanvaring. Alle bij de aanvaring betrokken personen zijn Nederlanders. In dat geval is de aanvaringsregeling van titel 6 afdeling 1 boek 8 BW van toepassing. Art. 8:544 BW bepaalt het volgende: 'Indien de aanvaring is veroorzaakt door de schuld van één schip, is de eigenaar van het schip, dat de schuld had, verplicht de schade te vergoeden.' Dan rijst de vraag wat er in dit verband onder schuld van een schip verstaan moet worden. In de literatuur zijn verschillende standpunten ten aanzien van deze vraag verdedigd.

(a) De zogenaamde risicoleer<sup>30</sup> gaat uit van het volgende. Een

30. Deze leer is onder meer verdedigd door R.P. Cleveringa a.w. blz. 764-773.



schip heeft schuld aan de aanvaring wanneer dit schip *verkeerd heeft gevaren of gelegen (dus in strijd met zee- of binnenvaartreglementen of goed zeemanschap) door een oorzaak aan boord van het schip, onverschillig welke*. Deze oorzaak hoeft niet verwijtbaar te zijn en kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een verborgen gebrek aan de stuurinrichting of een hartaanval van de stuurman. Deze leer brengt dus een risico-aansprakelijkheid voor de eigenaar van een schip mee.

(b) Daarnaast bestaat er de schuldleer.<sup>31</sup> Volgens deze leer is er alleen sprake van schuld van een schip aan een aanvaring wanneer het verkeerd heeft gevaren of gelegen door een laakbare gedraging van een persoon uit de scheepskring. De eigenaar (reder) is niet alleen aansprakelijk voor eigen laakbare gedragingen of laakbare gedragingen van zijn eigen personeel maar ook voor andere personen uit de scheepskring, zoals personen die in dienst zijn bij de rompbevrachter of de loods. Dat aansprakelijkheid van de reder niet wordt opgeheven indien de aanvaring is veroorzaakt door de schuld van een loods wordt nog eens uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 8:547 en 1007 BW.

Welke leer moet nu gekozen worden? Voor aanvaarding van de risicoleer pleit dat deze het best aansluit bij de wegenverkeerswetgeving en dat de wetgever bij de incorporatie van het Brussels aanvaringsverdrag in het Wetboek van Koophandel uitdrukkelijk voor de risicoleer gekozen heeft.<sup>32</sup> In het Synthese-Rubens arrest, HR 5 januari 1940, NJ 1940, 340 heeft de Hoge Raad op grond van deze opvatting van de wetgever eveneens voor de risicoleer gekozen. De casuspositie die ten grondslag ligt aan dit arrest laat zich als volgt schetsen. Het schip de Synthese werd gesleept door het kanaal van Terneuzen en hield keurig stuurboordswal. Uit de tegenovergestelde richting werd eveneens een schip, de Rubens, gesleept, dat eveneens

Men zie voor een goed overzicht van de literatuur op dit gebied de conclusie van A-G Asser bij HR 26 juni 1987, NJ 1988, 74, S&S 1988, 2.

31. Onder meer verdedigd door A. van Oven in zijn proefschrift, *De uniformeerende werking van het Brusselsche Aanvaringstractaat*, 1938 blz. 43-82. Daarnaast bestaat er ook nog een tweetal tussenleren. De eerste is verdedigd door J. Drion, RM Themis 1952, blz. 586-597, de tweede door S.J. Mulder en E.J. van der Smit in *Gratia Commercii*, Zwolle 1981 blz. 179-194.
32. Zie de Memorie van Toelichting, Bijl. Handelingen Tweede Kamer 1919-1920 no. 448-3 blz. 76 en 77 e.v. en Voorlopig Verslag van de Bijzondere commissie van de Tweede Kamer, Bijlage Handelingen 1923/1924 nr. 68-1 blz. 32 alsmede de conclusie van PG Berger bij HR 5 januari 1940, NJ 1940, 340.

keurig stuurboordswal hield. De roerkoning van de Rubens brak en de Rubens 'scheerde uit' naar bakboord en botste tegen de Synthese. De eigenaar van de Synthese sprak de reder van de Rubens aan op grond van art. 536 WvK (het equivalent onder het oude recht van art. 8:544 BW). Deze verweerde zich met de volgende stelling: In artikel 536 WvK wordt gesproken van 'schuld', dit impliceert verwijtbaarheid. Hiervan is in dit geval géén sprake nu de roerkoning van de Rubens kort tevoren nog op een behoorlijke werf is gerepareerd. De Hoge Raad overwoog echter dat

'aan het artikel de bedoeling ten grondslag ligt om de reder aansprakelijk te stellen in geval van aanvaring veroorzaakt door een gebrek aan zijn schip, ook indien noch hem noch iemand, voor wie hij verantwoordelijk is, ter zake van dat gebrek enig verwijt kan worden gemaakt'.

Moeten wij nu ook onder boek 8 BW van de risicoleer uitgaan? Hiertegen zijn de volgende argumenten aan te voeren. Zowel art. 8:544 BW als het daarvoor geldende art. 536 WvK zijn gebaseerd op art. 3 van het Brusselse Aanvaringsverdrag en bevatten een regel van uniform recht. In de meeste andere bij de aanvaringsverdragen aangesloten landen gaat men op basis van interpretatie van het verdrag uit van de schuldeur.<sup>33</sup> Bij een uniforme interpretatie van art. 8:544 BW ligt het derhalve voor de hand te opteren voor de schuldeur. Anders dan destijds bij het Wetboek van Koophandel kiest de wetgever bij boek 8 BW niet voor de risicoleer maar vermijdt in de Memorie van Toelichting het begrip schuld nader te omschrijven. De ratio hiervoor is de wens om op privaatrechtelijk gebied zoveel mogelijk eenvormigheid te verkrijgen. Uit het hiervoor (§ 2.3) aangehaalde gedeelte van de Memorie van Toelichting bij de vaststellingswet boek 8 BW eerste stuk blijkt dat de wetgever meent dat de nationale rechter een open oog zal moeten hebben voor de internationale ontwikkelingen waaraan de onderhavige materie zal zijn onderworpen. Het hoeft derhalve geen verbazing te wekken indien de Hoge Raad zodra hij daarvoor de gelegenheid krijgt, de internationale ontwikkelingen volgt en afstapt van de risicoleer en de schuldeur zal aanvaarden.<sup>34</sup>

33. Men zie hiervoor R.E. Japikse, Netherlands reports to the thirteenth international congress of comparative law, Montreal, blz. 303-304 en de door hem vermelde jurisprudentie.

34. Mendel, a.w. blz. 402 merkt op dat het Synthese-Rubensarrest misschien zijn

#### 4. CONCLUSIE

Boek 8 BW is een eend in de bijt van het nieuw BW. De vreemde 'smetten' op het karakter van boek 8 BW hebben de nodige gevolgen voor de interpretatie van dit wetboek. De vreemde invloeden hebben echter niet tot gevolg dat Boek 8 BW 'autonoom' is en als een eigen van de boeken 3-6 BW onafhankelijk rechtssysteem moet worden gezien. Boek 8 BW is wel 'betrekkelijk autonoom'. Dat wil zeggen dat bepaalde onderdelen van boek 8 BW als afzonderlijke rechtssysteempjes moeten worden gezien en als zodanig geïnterpreteerd moeten worden.<sup>35</sup> Een paar andere 'eenden' in de bijt van het BW worden overigens ook steeds vreemder. In boek 2 BW zijn vele EG-richtlijnen vennootschapsrecht verwerkt. Dit betekent dat boek 2 BW een grote hoeveelheid uniform recht bevat.<sup>36</sup> Maar ook boek 6 BW bevat een uniforme regeling in de artikelen 6:185-193 BW. Deze regeling is gebaseerd op de EG-richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken die op 25 juli 1985 werd vastgesteld. De uitleg van de geïncorporeerde EG-richtlijnen is voorbehouden aan het Hof van Justitie.<sup>37</sup> Voor de uitleg van unifor-

langste tijd heeft gehad. In het door mij in Tijdschrift voor Privaatrecht 1990-2, blz. 877-879 besproken arrest HR 26 juni 1987, NJ 1988, 74, S&S 1988, 2 (Olau Line) maakt de Hoge Raad echter nog weinig aanstalten het roer richting schuldeer te wenden.

35. A.S. Hartkamp, NJB 1983, blz. 1071 merkt op dat het opnemen van het handelsrecht in het BW bij uitstek de mogelijk biedt tot inhoudelijke eenmaking van het handelsrecht en het burgerlijk recht. Dit geldt uiteraard alleen voorzover dit de niet-uniforme gedeelten van het handelsrecht betreft en dan nog slechts voorzover de aard van de materie geen bijzondere regels vereist.
36. Blijkens het Marleasing-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 13 november 1990 nr. C-106/89 (bij mijn weten ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog ongepubliceerd) moet de nationale rechter zijn nationale recht — voorzover mogelijk — uitleggen in het licht van de tekst en de strekking van de richtlijn waarop het betrokken gedeelte van het nationale recht gebaseerd is. Rechtsoverweging acht: 'Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure possible à la lumière du texte et la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité.' Men zie voor deze uitspraak voorts Mendel, a.w. blz. 403 in Sanders/Westbroek, BV en NV, bewerkt door Buijn/Storm, Deventer 1991, blz. 7.
37. Vgl. in dit verband onder meer Memorie van Toelichting, Ks 19636, nr. 3, blz. 2 en T&C (Lankhorst) aant. 4 bij art. 6:164 BW en Wery a.w. blz. 16.

me regelingen, die niet gebaseerd zijn op een EG-richtlijn is vaak<sup>38</sup> geen supra-nationale rechter beschikbaar. Dan moet de nationale rechter zich opstellen alsof hij een supra-nationale rechter is. Dit houdt het volgende in.

De nationale rechter moet de betrokken uniforme regelingen naar hun eigen redactie, strekking en achtergrond interpreteren. Indien deze uitgangspunten geen helderheid bieden, dient de rechter te zoeken naar internationaal gehuldigde opvattingen en/of aanvaarde rechtsbeginselen, die zijn erkend door de betrokken verdragsstaten. Daarbij let de rechter ook op de uitspraken van zijn buitenlandse collega's. Hij mag deze uniforme regels dus niet 'inpassen' in het nationale recht. Een dergelijke autonome interpretatie kan tot heel andere uitkomsten leiden dan een niet-autonome interpretatie zou hebben opgeleverd.

Indien hij er dan nog niet uitkomt kan hij kijken naar de niet-uniforme bepalingen van het BW. Daarbij moet hij onderzoeken of de betrokken bepaling zo redelijk is dat het een regel van Europees of van wereldrecht zou kunnen zijn. Desbewuste aanvulling van de betrokken uniforme regeling door de nationale wetgever levert het vermoeden op dat dit het geval is.

38. Dit is het geval bij de meeste in boek 8 BW geïncorporeerde regelingen.

# Pleidooi voor boek 9

*C.J.J.C. van Nispen\**

1. Bij zijn opzet voor het NBW heeft Meijers ook een plaats ingeruimd voor de intellectuele eigendom. Een apart boek (aanvankelijk boek 8, maar na verschuiving van het erfrecht), boek 9, zou worden gewijd aan 'de rechten van de scheppende mens'.

Deze titel is na terminologische bezwaren van Gerbrandy Sr.<sup>1</sup> vervangen door 'de rechten op voortbrengselen van de geest'. Naar mijn mening zou de beste benaming zijn: 'de rechten van intellectuele eigendom'; dit sluit aan bij het internationaal aanvaarde begrip 'intellectual property (rights)'. Weliswaar is het begrip eigendom in onze nieuwe nationale terminologie beperkt tot zaken terwijl het in de intellectuele eigendom gaat om vermogensrechten, maar door te spreken van (voluit) 'de rechten van intellectuele eigendom' wordt dit laatste wel voldoende tot uitdrukking gebracht.

2. Op 19 mei 1953 zei de regering in het mondeling overleg over de Nota over het nieuwe burgerlijk wetboek, dat naar haar overtuiging 'opneming van de regelen omtrent de rechten van de scheppende mens in het Burgerlijk Wetboek noodzakelijk [is], althans voor zover deze regelen van burgerrechtelijke aard zijn, omdat anders het burgerlijk recht te onoverzichtelijk zou worden en algemene beginselen zouden dreigen verloren te gaan'.<sup>2</sup>

\* Mr C.J.J.C. van Nispen is als advocaat verbonden aan het kantoor De Brauw Blackstone Westbroek te 's-Gravenhage.

1. Hand. II 1952/53, blz. 2915 (10 september 1953), ook te vinden in BIE 1953, blz. 131-132.
2. Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 31. Men zie in verband met boek 9 ook de vraagpunten 26-29; de conclusie naar aanleiding van vraagpunt 26 hield in: 'Er bestaat behoefte om aan de wet toe te voegen een bijzondere bescherming van siermodellen en gebruiksmodellen...', Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 112.

Dit is destijds alleen weersproken door Gerbrandy Sr. Hij vond die opneming 'niet bijzonder wenselijk' en wees daarbij op enerzijds het specialistisch karakter van de materie en anderzijds haar internationale geaardheid.<sup>3</sup>

Hij heeft Meijers niet kunnen overtuigen. In zijn algemene inleiding tot de Toelichting op boeken 1-4 schreef deze: 'De rechten op voortbrengselen van de geest zijn, hoewel hun privaatrechtelijk karakter niet betwist wordt, ook te lang buiten het Burgerlijk Wetboek geplaatst. Natuurlijk zal met een voortgaand specialisme in de rechtswetenschap de studie van deze rechten het bijzondere terrein van enkele juristen, die zich de daarvoor noodzakelijke kennis hebben eigen gemaakt, blijven. Maar ook de regeling van deze rechten zou er slechts bij gewonnen hebben, wanneer men deze meer in verband met de algemene voorschriften van burgerlijk recht had gebracht — men denke hier bijvoorbeeld aan de overdracht en de bezwaring van deze rechten — terwijl ook de redactie der artikelen allicht een weinig eenvoudiger zou zijn geworden'.<sup>4</sup>

Meijers heeft nog een concept voor boek 9 gemaakt<sup>5</sup> dat na zijn dood is opgeborgen in het archief van het ministerie van Justitie.<sup>6</sup>

3. Nadien lijken de argumenten van Gerbrandy bij Meijers' Nachwuchs toch het pleit te hebben gewonnen. Aan boek 9 is niets meer gedaan, en er is ook jarenlang niets meer over gehoord.

Pas nadat Cohen Jehoram in 1983 ervoor had gepleit het werk aan boek 9 ter hand te nemen,<sup>7</sup> werden de bij het NBW direct betrokkenen genoopt stelling te nemen.

L. de Vries, voormalig hoofd afdeling wetgeving privaatrecht, betoogde 'dat het ter hand nemen van Boek 9 niet een zinvolle wetgevingsactiviteit kan zijn (...). Boek 9 kan het beste blijven, wat het al geruime tijd is: een denkbeeld in ruste'. Voor De Vries was vooral het ongelijksoortig karakter van de intellectuele-eigendomsregelingen een argument; twee eenvormige Beneluxwetten, een Rijkswet en

3. Zie noot 1.

4. Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 127.

5. Op 19 mei 1953 meldde de regering dat ontwerpen omtrent de rechten van de scheppende mens 'vrijwel gereed liggen zodat geen vertraging bij de redactie van deze gedeelten behoeft te worden gevreesd', Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 31.

6. NJB 1992, blz. 12 r.k.

7. NJB 1983, blz. 1212 e.v.

twee nationale wetten, zijns inziens 'regelingen zonder onderling verband en met slechts weinig verband met het algemene privaatrecht'.<sup>8</sup>

Kort daarop verklaarde Regeringscommissaris W. Snijders dat boek 9 'bij de huidige situatie irreëel [is] geworden. Het gaat over een materie, waarover heel veel verdragen tot stand zijn gekomen. Dat houdt in dat deze materie zich niet meer leent voor codificatie in een wetboek. Wij moeten er dus van uitgaan dat dit Boek 9 er zeker voorlopig niet komt'.<sup>9</sup>

4. De gedachte dat materie waarover verdragen tot stand zijn gekomen zich niet meer leent voor codificatie in een wetboek (omdat de handen van de nationale wetgever gebonden zijn), lijkt weliswaar voor velen plausibel,<sup>10</sup> maar is uiteraard onjuist: de regeling van de produktenaansprakelijkheid implementeert een EG-richtlijn maar is opgenomen in boek 6 NBW (artt. 185 e.v.); de dwangsomregeling, een uniforme Beneluxwet, staat gewoon in Rv. (artt. 611a e.v.), enz.

Terecht dus begon Hartkamp onlangs sporen van twijfel te vertonen. Het argument van de internationale geaardheid van de materie overtuigt hem niet langer: 'men heeft het altijd over verdragen, maar Boek 8 staat vol met verdragen. Dus daar kan het kennelijk wel. En het ipr zou ook niet gecodificeerd kunnen worden door al die verdragen, maar in Oostenrijk, Duitsland en Zwitserland, overal hebben ze ipr-wetten. Dus het kan natuurlijk best (...). Uit overwegingen van systematiek zou ik het mooi vinden als er nog een Boek 9 kwam'.<sup>11</sup>

5. Volgens Cohen Jehoram (nourri dans le sérail) is het doodzwijgen van boek 9 re vera het gevolg van een ordinaire Haagse competentiekwestie. Het auteursrecht behoort tot de competentie van Justitie, de industriële eigendom tot de competentie van Economische Zaken.<sup>12</sup>

Wellicht ook was het tijdstip waarop Cohen Jehoram de discussie over boek 9 heropende niet gelukkig gekozen. Een reële reden waarom Justitie in 1983/84 niet voor het denkbeeld voelde, is dunkt me

8. NJB 1984, blz. 15.

9. UCV 82 dd. 4 april 1984, Hand. II 1983/84; 18.113 blz. 82-12 r.k.

10. Zo bijvoorbeeld voor D. Visser in KB 90.004700 (een uitgave van het landelijk overleg juridische faculteitsbladen), blz. 22.

11. AA 1991, blz. 1114-1115 (interview); zie ook AMI 1991, blz. 212 l.k.

12. NJB 1983, blz. 1216 l.k. en 1992, blz. 12 r.k.

te vinden aan het slot van De Vries' artikel: 'dat de moeilijkheden van de totstandbrenging en invoering van het Nieuw BW onder meer gelegen zijn in de grote omvang van de stof. Er is meer behoefte aan beperking van de stof dan aan nog verdere uitbreiding'.

Daarnaast zal ongetwijfeld het door Gerbrandy al gememoreerde specialistische karakter van het recht van de intellectuele eigendom een rol hebben gespeeld. De bij het werk aan het NBW direct betrokkenen waren met dit recht niet vertrouwd.

6. Het gevolg is geweest dat op de rechten van intellectuele eigendom thans boek 3 (het vermogensrecht in het algemeen) van toepassing is, zonder dat eerst is nagegaan in welke opzichten daarvoor bijzondere regels nodig zijn.

Bovendien hebben de ontwerpers van boek 3 naar het lijkt ook niet bij alle onderwerpen gedacht aan de toepasbaarheid van de opgestelde bepalingen op de rechten van intellectuele eigendom. Zo is bijvoorbeeld onbesproken gebleven hoe de bepalingen uit de bezittitel bij die rechten toepassing vinden,<sup>13</sup> met name of bezitsverkrijging van zo'n recht naar NBW alleen derivatief of ook origineel kan zijn.<sup>14</sup> Dit is onder meer van belang voor de toepassing van de verjaringsregeling.

7. De rechten van de intellectuele eigendom zijn dus de stiefkinderen van het vermogensrecht gebleven.<sup>15</sup> Daarvan moesten wel ongelukken komen. Ik noem er twee.

De fiducia cum amico was een vertrouwd instrument bij de collectieve handhaving van auteursrechten. Art. 3:84 lid 3 doet echter de fiduciaire overdrachten in de ban.<sup>16</sup> Voor de fiducia cum credi-

13. Eerder wees ik hierop in mijn diss., blz. 222 noot 74.

14. Ik ben geneigd voor enkel derivatieve verkrijging te opteren. Anders: E.P.M. Thole, Software, een 'novum' in het vermogensrecht, diss. Utrecht 1991, blz. 292 ('Door enkel te stellen dat men de auteursrechthebbende is, is men reeds bezitter van het recht').

15. Onafhankelijk van elkaar kwamen Spoor (wat het auteursrecht betreft) en ik tot deze metafoer tijdens onze lezingen op het Verkadesymposium te Nijmegen dd. 2 november 1990; zie BIE 1990, blz. 357 l.k. en blz. 360 r.k.

16. Volgens Grosheide en Hartkamp, AMI 1991, blz. 213 r.k. zou het nog 'voorwerp van heftig debat' zijn of art. 3:84 lid 3 zich ook uitstrekt tot de zogenaamde fiducia cum amico. Zie in dit verband het preadvies 1990 van Uniken Venema en Eisma van de Vereniging 'Handelsrecht', Eigendom ten titel van beheer naar komend recht.



tore is het bezitloos pandrecht in de plaats gekomen maar de beoogde vervangende rechtsfiguur voor de fiducia cum amico, het bewind, is er (nog) niet.<sup>17</sup>

Een in de praktijk veel voorkomende figuur is de overdracht (of licentiëring) van know-how, al dan niet in samenhang met de overdracht van octrooien (of de verlening van licenties daaronder). Know-how valt ongetwijfeld onder de ruime definitie van vermogensrechten in art. 3:6.<sup>18</sup> Ingevolge het stelsel van art. 3:83 is zo'n vermogensrecht slechts overdraagbaar wanneer de wet dit bepaalt. De wet bepaalt bij mijn weten nergens dat know-how overdraagbaar is. Ergo is sinds 1 januari jl. geen overdracht van know-how meer mogelijk, althans niet naar ons nationaal recht.<sup>19</sup>

8. Het ter hand nemen van het werk aan boek 9 zou niet alleen betekenen dat de bepalingen van boek 3 moeten worden doordacht voor wat hun toepasselijkheid op de rechten van intellectuele eigendom betreft, maar zou ook de gelegenheid openen om thans bestaande, in technisch opzicht lacuneuze regelingen te verbeteren en nog niet bestaande, maar wel dringend gewenste, regelingen te ontwerpen. Ik geef weer twee voorbeelden: de inschrijving in de registers en haar betekenis, alsmede de licentie.

9. Meijers merkte op 10 september 1953 in de Kamer op: 'Uit de regeling van het octrooirecht blijkt bij voorbeeld, dat men de kracht der inschrijving in registers daar ineens heel anders is gaan regelen

17. Zie ook R.L. du Bois, *De fiducia cum amico en het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, AMI 1992, blz. 28-31. Volgens Du Bois zou het bij de huidige formulering van de bij Buma en Stemra in gebruik zijnde exploitatiecontracten gaan om echte overdrachten waardoor Buma en Stemra ook economisch eigenaar zijn van de overgedragen rechten; deze rechten zouden kunnen worden uitgewonnen voor eventuele schulden van die bureaus (!?). Buma en Stemra ijveren thans voor introductie van 'een vorm van lastgeving die ten opzichte van de lastgever privaat is'; zo is men gedoemd voort te modderen zolang het dogmatisch fundament verwaarloosd blijft.

18. Vgl. TM ad art. 3.1.1.5, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 89: 'al wat verhandelbaar is, heeft vermogenswaarde en vormt deel van het vermogen van de rechthebbende'.

19. Hetzelfde geldt voor onder meer de zogenaamde goodwill en voor onderscheidingsmiddelen die niet als merk in de zin van de BMW kunnen worden aangemerkt. Zie nader Th.C.J.A. van Engelen, NJB 1991, blz. 431-435, Vermogensrechten op onstoffelijke goederen.

dan die der overige registers. Men heeft daar gevolgd een ontwerp van 1899, niet voor octrooien maar voor registers in het algemeen.<sup>20</sup> Het pandrecht heeft ook weer een afzonderlijke regeling. Ik vraag nu: is dit gewenst? Waarom niet algemene gedachten in algemeen verband geregeld?’<sup>21</sup>

Meijers was voornemens octrooi- en ook modelrechten als registergoederen aan te merken.<sup>22</sup> Daar is het niet van gekomen,<sup>23</sup> wellicht op verdedigbare gronden. Maar de regelingen die thans gelden, zijn lacuneus. Voor wat het octrooiregister betreft volsta ik hier gemakshalve met een verwijzing naar Helbach c.s., Nederlands handels- en faillissementsrecht II, nr. 429.

Wat de Beneluxmerken- en -modellenregisters betreft past een kleine uitweiding. Bij L. de Vries leefde de gedachte — en wellicht waart deze nog rond op Justitie — dat de BMW ‘een volledige regeling van het merkenrecht’ inhoudt en de BTMW een volledige regeling van het tekeningen- en modellenrecht.<sup>24</sup> Die gedachte is onjuist. De BMW geeft nauwelijks enige regeling voor het merk als deel van het vermogen. Art. 11 BMW geeft enkele regels omtrent overgang en licentie, onder meer omtrent de mogelijkheid van inschrijving van deze rechtsfeiten,<sup>25</sup> maar laat de rest over aan het

20. De akte constitueert de overdracht; de inschrijving doet haar tegen (bonafide) derden werken. Volgens HR 28 april 1939, NJ 1939, 866 (EMM), BIE 1939, blz. 85 (BMT) gold hier het zogenaamde abstracte stelsel ten aanzien van eigendomsoverdracht; de toevoeging per 1 januari jl. van lid 4 aan art. 38 ROW — verwijzend naar art. 3:88 — heeft aan die gelding (in elk geval) een eind gemaakt.
21. Hand. II 1952/53, blz. 2918, BIE 1953, blz. 135 r.k.
22. Zie TM ad art. 3.1.1.10, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 96: ‘Behalve onroerende zaken en beperkte rechten op onroerende zaken, zijn ook schepen en octrooien en rechten op modellen, alsmede daarop te vestigen beperkte rechten, registergoederen’. (N.B. Merken zal hij niet hebben genoemd nu blijkens de conclusie op vraagpunt 27 het stelsel van rechtsverkrijging door eerste gebruik niet zou worden losgelaten; dit is nadien in de BMW wèl geschied).
23. Zie MvT (Bijl. 1984/85; 19144/R 1297), blz. 6: ‘dat in de toelichting van Meijers op artikel 3.1.1.10 (...) het octrooi ten onrechte als voorbeeld van een registergoed wordt vermeld. Dit vindt zijn verklaring in het destijds (1954) nog bestaande voornemen om in een aan het nieuwe B.W. toe te voegen negende boek de overdracht van het octrooi anders te regelen, nl. aldus dat de inschrijving een vereiste voor de overdracht zelf zou worden’.
24. NJB 1984, blz. 15 m.k.
25. De betekenis van deze inschrijving in vermogensrechtelijk opzicht is overigens niet duidelijk; zie nader BIE 1990, blz. 355, noot 2.

toepasselijke nationale recht.<sup>26</sup> Mede-eigendom (gemeenschap), pand, vruchtgebruik, beslag: dat alles zal zijn regeling moeten vinden in de nationale wet, en die regeling ontbreekt ten onzent. (*Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de BTMW.)

Op het Verkadesymposium heb ik erop aangedrongen bij de aanpassing van de BMW aan de Eerste Richtlijn van de Raad betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten (Pb. nr. L. 40 van 11 februari 1989, blz. 1 e.v.) een kleine wijziging van art. 11C mee te nemen welke inschrijving in het register van andere rechtsfeiten dan overdracht en licentie mogelijk zou maken.<sup>27</sup> Blijkens een thans circulerend voorontwerp voor een Protocol houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet op de merken is deze suggestie opgepakt. Aan art. 11C, dat voorziet in de inschrijving van de overdracht of andere overgang en de licentie, zal worden toegevoegd: 'Het in de vorige volzin bepaalde is van overeenkomstige toepassing op pandrechten en beslagen' (mijns inziens zou ook vruchtgebruik voor inschrijving vatbaar moeten zijn). Vervolgens zou de regeling van het merk als deel van het vermogen op nationaal niveau adequaat kunnen worden geregeld.

10. Behoeftte bestaat bepaald aan een regeling van de licentie-overeenkomst.

Meijers meende dat octrooilicenties, evenals vertaal- en reproductierechten bij auteursrechten, beperkte rechten in de zin van art. 3:8 opleveren.<sup>28</sup> Dit is in het algemeen onjuist. Een licentie moet in beginsel als een contractuele exploitatiebevoegdheid worden geïdentificeerd; vervolgens rijst de vraag of een licentie door registratie ervan in octrooi-, merken- c.q. modellenregister kan worden 'verzakelijkt' tot een beperkt recht.<sup>29</sup>

26. De BMW regelt zelfs niet hoe de subjectieve merkenrechten aan de Nederlandse, Belgische of Luxemburgse rechtssfeer moeten worden toegescheiden; vgl. BIE 1990, blz. 355-356.

27. BIE 1990, blz. 358.

28. TM ad art. 3.1.1.7, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 93. Vgl. MvT (Bijl II, 1984/85; 19144/R 1297), blz. 7.

29. Zie in dit verband J.L.R.A. Huydecoper, AMI 1992, blz. 66-67, A.A. Quaadvlieg, Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, 1991, blz. 485 e.v. en voorts W.A. Hoyng, De octrooilicentie in een faillissement, in: Recht vooruit — 150 jaar BW, blz. 75 e.v. en Gielen-Wichers Hoeth, Merkenrecht, nrs. 779 e.v. in verband met merklicenties.

Licenties bij auteursrechten kunnen, al bij gebreke van een register, niet worden ingeschreven. Wat is rechtens ingeval de licentiegever faillieert?<sup>30</sup> Dit probleem is recent gezezen bij déconfitures van 'software'huizen.

11. Bij het aanvatten van het werk aan boek 9 moet absoluut voorop staan dat het gaat om een technische operatie die in geen enkel opzicht de inhoud van de rechten van intellectuele eigendom zelf betreft.

De inhoud, omvang en specifieke beperkingen van die rechten, de inbreukcriteria en nietigheidsgronden, zijn voorwerp van een nimmer eindigend treffen van allerlei belangengroepen. Als bij de betreffende lobby's de gedachte zou postvatten dat bij de codificatie van boek 9 garen valt te spinnen, is de kans op een snel en goed resultaat waarschijnlijk verkeken.

12. Wat de opzet van het boek betreft moet eerst worden besloten of de institutionele voorzieningen in de ROW betreffende de Octrooi-raad en die in de Zaaizaad- en Plantgoedwet betreffende de Raad voor het Kwekersrecht erbuiten zullen blijven, juist zoals bij de opneming van de pachtovereenkomst in boek 7 de Pachtwet, voor zover zij grond- en pachtkamers institutioneel regelt, intact is gelaten.

Al terwille van de harmonie behoort die vraag bevestigend te worden beantwoord. De institutionele bepalingen betreffende het Benelux-Merkenbureau en het Beneluxbureau voor Tekeningen of Modellen zijn niet te vinden in de eenvormige wetten maar in Beneluxverdragen en blijven aldus vanzelf buiten boek 9. Het handelsregister heeft ook zijn specifieke regeling in de Handelsregisterwet.

13. Boek 9 zou als volgt kunnen worden ingedeeld:<sup>31</sup>

Titel 1: auteursrecht

2: naburige rechten

3: rechten betreffende topografieën van  
halfgeleiders ('chips').

30. Zie hieromtrent vooral het in noot 14 genoemde boek van Thole.

31. Ter vergelijking de indeling van Meijers: I-Auteursrecht; II-Octrooien; III-Recht op tekeningen en modellen van nijverheid; IV-Recht op merken; V-Het recht op de handelsnaam. Zie Parl. Gesch. Alg. deel, blz. 35.

- 4: octrooirecht
- 5: kwekersrecht
- 6: tekeningen- en modellenrecht
- 7: merkenrecht
- 8: handelsnaamrecht

Desgewenst kunnen de 'chips' ook in aansluiting op octrooi- en kwekersrecht worden geregeld. De betreffende wet — Wet van 28 oktober 1987, Stb. 484 — 'vertoont in ongeveer gelijke mate aan het octrooirecht en aan het auteursrecht herinnerende elementen'.<sup>32</sup>

14. Nog enkele afsluitende opmerkingen over octrooi- en handelsnaamrecht.

Er is een totale herziening ophanden van ons nationale octrooi-systeem waarbij wordt overgeschakeld van een vooronderzoek- naar een registratiestelsel. Op een CIER-symposium in Utrecht dd. 18 februari jl. bleek hierover in de geïnteresseerde kringen consensus te bestaan. Het (nog in te dienen) wetsontwerp zou in boek 9 kunnen worden ingepast na afscheiding van de institutionele bepalingen, welke in een aparte wet kunnen worden vervat. De regeling van het materiële octrooirecht in boek 9 zou overigens niet alleen nationale octrooien regarderen maar ook de zogenaamde Euro-NL-octrooien en de toekomstige gemeenschapsoctrooien voor zover deze door ons nationale recht zullen worden beheerst. De wat lapidaire voorzieningen in de ROW betreffende de octrooi-aanvraag dienen te worden uitgebreid.

Het recht op de handelsnaam is een vermogensrecht in de zin van art. 3:6.<sup>33</sup> Aan de controversale omtrent de vraag of de handelsnaam object is van een subjectief recht<sup>34</sup> is dunkt me daarmee een eind gekomen. Bezien moet worden of de handelsnaam als vermogensrecht nadere regeling behoeft (bijvoorbeeld de mogelijkheid van licentiëring in verband met franchise-relaties).

15. Ons burgerlijk recht heeft een groot nieuw huis betrokken, waarin vele kinderen een gerieflijke kamer hebben gevonden.

Enkelen zijn echter voor onbepaalde tijd verbannen naar een

32. Helbach c.s., nr. 635.

33. TM ad art. 3.1.1.5, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 90.

34. Zie onder meer Helbach c.s., nr. 1143 en S. Boekman, De handelsnaam (1977), blz. 59-68.

krakende, tochtige bouwval die tegen een zijmuur leunt. Hun vergrijp? Zij zijn internationaal georiënteerde specialisten.

# Computerrecht

*H. Franken\**

## 1. INLEIDING

### *1.1 Titel*

Bij een overzicht van de betekenis van de invoering van de boeken 3, 5 en 6 BW voor verschillende deelgebieden van het recht past een beschouwing over het computerrecht. De term computerrecht is echter te eng voor het te beschrijven rechtsgebied. Het is niet zozeer de computer (hardware), die aanleiding geeft tot juridische problemen, maar de informatietechnologie als zodanig vormt een bron van vragen waarmee de jurist zich moet bezighouden. De bestudering van het verschijnsel informatie heeft immers tot een nieuw vakgebied geleid: de informatica. Hieronder moet men het geheel van activiteiten verstaan, dat de verzameling, opslag, verwerking en verspreiding van gegevens door middel van geautomatiseerde systemen tot voorwerp heeft.<sup>1</sup> De informatica helpt de mens om gegevens (berichten, signalen, data) om te zetten in informatie, dat wil zeggen gegevens waaraan een betekenis kan worden toegekend. Gegevens (data) hebben als kenmerk, dat zij niet fysisch van aard zijn, onbeperkt zijn in hoeveelheid en vrij beschikbaar voor een ieder. De verwerking, overdracht en het gebruik daarvan was doorgaans een moeizaam proces. Zelfs nu er duizenden pagina's A-4 aan gegevens voor de burger beschikbaar zijn, kan hij maar met een fractie daarvan iets doen. Veel gegevens blijven dus ongebruikt en

\* Prof. mr H. Franken is als hoogleraar inleiding tot de rechtswetenschap verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden. Zijn leeropdracht omvat sinds 1988 mede het informaticarecht.

1. Algemene inleidende werken over informatica en recht zijn: F. de Graaf e.a.: Hoofdstukken informaticarecht, Alphen aan den Rijn 1991, en H. Franken e.a.: Recht en computer, Deventer 1992.

zonder nut. De informatica leert ons deze gegevens productief te verwerken en daarmee in bruikbare informatie om te zetten.

De middelen die, door de ontwikkeling van de informatietechnologie ter beschikking zijn gekomen, kunnen we onderscheiden in de hardware — automaten voor de opslag en verwerking van gegevens —, de software — het geheel van instructies dat de computer/hardware aangeeft hoe gegevens moeten worden verwerkt — en apparatuur voor de overdracht van gegevens. Met de laatste categorie hebben we vooral het oog op telecommunicatieapparatuur. Een belangrijk punt bij rechtsvragen met betrekking tot toepassingen van informatietechnologie is, dat software wel op een fysieke gegevensdrager kan zijn neergelegd, maar op zich niet tastbaar van aard is, terwijl bovendien de hardware afhankelijk van de gebruikte software voor geheel verschillende doeleinden kan worden aangewend. Daarmee vraagt de informatietechnologie een andere benadering van de jurist dan bij voorheen gekende technologieën het geval is.

### *1.2 Identiteit*

De grote verbreiding van de informaticatoepassingen brengt mee, dat de jurist in aanraking komt met problemen, die samenhangen met het gebruik van geautomatiseerde systemen. Die problemen zijn heel verscheiden van aard. Maar toch gaat het steeds om vragen die we als juridische problemen, als rechtsvragen kunnen aanduiden. Het bestaande rechtssysteem geeft ruimte aan degenen, die vernieuwend bezig zijn, beschermt ontdekkingen en maakt experimenten mogelijk. Tegelijkertijd moeten wetgevers en rechters het juridisch systeem aanpassen om nieuwe problemen en nieuwe vragen aan te kunnen. De tengevolge van de informatica opgekomen nieuwe feiten leiden tot rechtsvragen, die we onder de noemer van het *informatica-recht* brengen. Het betreft onderwerpen als privacy, computercontracten, produktenaansprakelijkheid, bewijs door middel van in een computer opgeslagen gegevens, bewaargeving van software, computerfraude en nieuwe kwesties met betrekking tot intellectuele eigendom.

Daarnaast kan de informatica mogelijkheden bieden voor de ontwikkeling van rechtswetenschap en praktijk. We hebben hier het oog op de elektronische verwerking van gegevens, die betrekking



hebben op het rechtsbedrijf. Daarbij denken we aan de inzet van elektronische hulpmiddelen voor

- administratieve handelingen: kantoorautomatisering en tekstverwerking;
- de beheersing van het informatieprobleem in rechtswetenschap en -praktijk: geautomatiseerde juridische documentatiesystemen en telecommunicatievoorzieningen;
- het analyseren en veranderen van juridische informatie- en beslissingsstructuren: simulatiemodellen, beslissingsondersteunende en expertsystemen.

Hier wordt de informatica ten dienste gesteld van het recht en spreekt men van rechtsinformatica.

Het blijkt, dat de ontwikkelingen in de informatica middelen verschaffen aan de jurist (rechtsinformatica), terwijl de jurist zijn instrumenten hanteert ten nutte van het publiek, dat met computers of telecommunicatieapparatuur werkt (informaticarecht). Deze activiteiten leveren genoeg vragen of problemen op om van een eigen vakgebied te kunnen spreken, zoals bijvoorbeeld het geval is met het milieurecht, ordeningsrecht, arbeidsrecht en familierecht.

In deze beschouwing zullen wij ons uitsluitend richten op een aantal privaatrechtelijke aspecten van de toepassingen van de informatietechnologie.

## 2. MAATSCHAPPELIJKE GEVOLGEN

### 2.1 *Kwetsbaarheid*

De informatietechnologie heeft een aantal veranderingen veroorzaakt in de samenleving, die kwantitatief en kwalitatief diep ingrijpen. De kwantiteit komt tot uiting in de exponentiële groei van het aantal gebruikers van de middelen van informatietechnologie: er is geen sector van de samenleving meer te noemen waar men niet met computers werkt. De kwalitatieve verandering houdt in, dat er voor bedrijven en instellingen als het ware een elektronisch brein met een zenuwstelsel in de organisatie wordt geschapen, waarmee besturings-, beheersings- en uitvoeringsprocessen worden ondersteund en gecoördineerd.

De organisaties raken daarmee ingesteld op deze symbiose van mens en computer, waardoor een grote mate van afhankelijkheid van de organisatie van geautomatiseerde apparatuur ontstaat. De aard van de informatietechniek brengt bovendien mee, dat processen van

beleid, beheersing en uitvoering meer abstract, complex en ondoorzichtig worden. Dit alles veroorzaakt een grote kwetsbaarheid van de organisaties, die zich bedienen van de moderne middelen van de informatietechnologie.

Deze kwetsbaarheid geldt voor allerlei plaatsen in de organisatie. De geautomatiseerde gegevensopslag, -verwerking en -overdracht houdt in, dat vele handelingen worden verricht zonder menselijke tussenkomst. Omdat er bij het verrichten van die handelingen geen mensen aanwezig zijn, die kennis kunnen nemen van hetgeen gebeurt en die deze handelingen kunnen vastleggen en daarmee bewijsmiddelen produceren, vervalt de mogelijkheid tot directe en ook sociale controle. In dit kader speelt een rol, dat als er nog gegevens worden vastgesteld dit nauwelijks meer geschiedt op papier. Men volstaat met een enkele vastlegging op magnetische of optische gegevensdragers. Door nonchalance of kwaadwilligheid kan men dan ook op eenvoudige wijze grote schade teweeg brengen. Misbruik is immers zeer snel uitvoerbaar. Automatisch en onbeperkt herhaalbaar en bovendien onzichtbaar omdat de sporen van schade toebrengende handelingen doorgaans bestaan uit gemakkelijk te wijzigen gegevens. Dit betekent, dat bewijs achteraf moet worden vervangen door programma's, waarin vooraf expliciet is vastgelegd welke handelingen — inclusief allerlei vanzelfsprekende daden — moeten worden verricht en hoe dat zal gebeuren. Deze programma's zullen door middel van intellectuele eigendomsrechten moeten worden beschermd, terwijl de leiding van een bedrijf of instelling haar afhankelijkheid van de personen, die voor de invoer en verwerking zorgdragen door middel van boeteclausules en non-concurrentiebedingen zal trachten te verminderen. De afhankelijkheid van de techniek zal men bovendien willen afwentelen op leveranciers van hard- en software, die hunnerzijds hun aansprakelijkheid zullen trachten te beperken. Vragen van aansprakelijkheid kunnen daarmee zowel betrekking hebben op het niet juist functioneren of hanteren van computers enz., maar ook op het overmatig vertrouwen daarop dan wel het ten onrechte niet gebruiken van de moderne toepassingen van de informatietechnologie.

## *2.2 Onomkeerbaarheid*

Toepassing van de moderne informatietechnieken heeft een onomkeerbaar proces tot gevolg. Zoals de opkomst van de auto het ver-

keersrecht ingrijpend heeft gewijzigd, omdat een vrachtauto niet is te herleiden tot een aantal paarden, zo is thans door toedoen van de informatietechnologie zoal niet de wetgeving dan toch de rechtspraak aan ingrijpende wijzigingen onderhevig. Immers de computer doet het werk, dat een aantal menselijke breinen tevoren verrichtte. Het apparaat werkt echter anders en kan niet worden gelijkgesteld met de som van deze menselijke intellectuele capaciteiten. Daarom zal de invoering van een geautomatiseerd gegevensverwerkingssysteem in een organisatie altijd tot reorganisatie aanleiding geven. Daartoe is temeer reden omdat bij de analyse van het organisatieproces, dat men wil automatiseren, de sterke en zwakke punten daarvan aan het licht zullen komen. Zo'n reorganisatie kan — eenmaal uitgevoerd — niet worden teruggedraaid.

De vergelijking met mechanisering van handarbeid dringt zich hier op. Dit betekent, dat de beslissing tot 'automatisering' grote risico's met zich meebrengt. Uit procedures over mislukte automatisering blijkt, dat de schadeposten vaak zeer hoog zijn.<sup>2</sup> Met een dergelijk probleem kunnen thans velen worden geconfronteerd, zodat grote aandacht nodig is voor het zorgvuldig redigeren van automatiseringscontracten teneinde faalfactoren in het totale automatiseringstraject zoveel mogelijk uit te sluiten. Er zijn inmiddels diverse modellen ontwikkeld zowel door organisaties van leveranciers van computers en software als door gebruikersorganisaties.<sup>3</sup>

### *2.3 Geen eigendom*

De term computerrecht stamt uit de tijd, dat de aandacht van de informatici voornamelijk uitging naar de hardware, terwijl de programma-technologie daarbij ver achter bleef. Leveranciers van hardware hadden de gewoonte om software gratis mee te leveren bij de aanschaf van apparatuur. Op den duur vond de ontwikkeling van software steeds meer machine-onafhankelijk plaats. In 1969 zorgde

2. Bijvoorbeeld HR 1 december 1972, NJ 1973, 103 en HR 11 april 1986, Computerrecht 1986/3, blz. 174.
3. J.M.A. Berkvens e.a.: Achter de schermen van automatiseringscontracten, Alphen aan den Rijn 1989; Jansen, Rinzeema, D.W.F. Verkade: Modelcontracten automatisering Ministerie van Binnenlandse Zaken, 's-Gravenhage 1990; J.M.A. Berkvens e.a.: Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk, Deventer 1991.

IBM voor een doorbraak door een 'unbundling operatie' uit te voeren. Software werd een zelfstandig produkt.

Nu zijn er aan software twee kanten te onderscheiden. Enerzijds is er de lichamelijke kant van de gegevensdrager, welke als stoffelijk voorwerp object van eigendomsrecht kan zijn en als zodanig kan worden overgedragen. De drager is individualiseerbaar, uniek en men kan er macht over uitoefenen. Anderzijds kan men als de onlichamelijke kant van software de gegevens zelf beschouwen. Hierbij gaat het om een weergave van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, die ze geschikt maakt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen.<sup>4</sup> Een computerprogramma is dan ook te beschouwen als een bijzondere categorie van gegevens, te weten een geheel van instructies, waarmee wordt beoogd om na invoer ervan in een aangepaste gegevensverwerkende machine deze machine een bepaalde taak te laten uitvoeren.<sup>5</sup> Ten aanzien van deze feiten, begrippen of instructies kan men niet spreken van voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW) en evenmin van rechten, die overdraagbaar zijn of ertoe strekken stoffelijk voordeel te verschaffen (art. 3:6 BW).

Het is thans wel algemeen erkend, dat eigendom van gegevens niet mogelijk is,<sup>6</sup> omdat het eigendomsrecht zich beperkt tot lichamelijke voorwerpen (art. 5:1 BW). De bescherming van onlichamelijke voorwerpen kan daarom uitsluitend plaatsvinden door middel van het intellectuele eigendomsrecht.

De discussie over eigendom van gegevens is vooral gevoerd naar aanleiding van het arrest van het gerechtshof te Arnhem,<sup>7</sup> waarin verduistering van gegevens in de zin van art. 321 Sr. mogelijk is geacht alsof het ging om goederen, die zouden toebehoren aan degene, wiens gegevens werden gekopieerd. Op deze uitspraak is veel kritiek geweest. De opvatting van het Hof houdt ook geen stand,

4. H. Franken e.a.: Informatietechniek en strafrecht, 's-Gravenhage 1987, blz. 15 e.v.
5. G. Vandenberghe: Bescherming van computersoftware, Antwerpen/Deventer 1984, blz. 57 e.v. Zo ook de definitie in de WIPO-Model Provisions.
6. D.W.F. Verkade: Gegevensbescherming en privaatrecht, Praeadvies Ned. Jur. Ver. 1988, blz. 37; E.P.M. Thole: Software, een 'novum' in het vermogensrecht, Deventer 1991, blz. 44 e.v.
7. Hof Arnhem 27 oktober 1983, NJ 1984, 80.

omdat gegevens weliswaar evenals materiële goederen overdraagbaar, reproduceerbaar, beschikbaar en economisch waardeerbaar zijn — criteria ontleend aan het electriciteitsarrest<sup>8</sup> — maar er zijn ook duidelijke verschillen.<sup>9</sup>

Goederen — waaronder ook electriciteit is begrepen — zijn het produkt van fysieke arbeid, terwijl gegevens de vrucht van geestelijke arbeid zijn: gegevens vormen immers een weergave van kennisinhoud. Dat bij het weergeven daarvan ook — enige — fysieke arbeid wordt verricht is van secundaire betekenis. In dit verband wees de Hoge Raad al in 1921 op de functie van het intellectueel eigendomsrecht, dat moet worden onderscheiden van rechten op stoffelijke voorwerpen.

Bovendien zijn goederen uniek: eigendom ervan of beschikking erover impliceert dat anderen die eigendom of die beschikking niet kunnen hebben. Daarentegen zijn gegevens multiple: beschikking erover sluit niet uit dat ook anderen over dezelfde gegevens beschikken. Om die reden is het problematisch om het kopiëren van gegevens en programma's als toeëigenen aan te merken. Bij het kopiëren wordt immers niets aan de macht van de rechtmatige 'eigenaar' onttrokken. Hij blijft de beschikking over de gegevens houden. Hij verliest alleen de *exclusieve* beschikking daarover. Ook de wel bepleite bescherming via een binding tussen het eigendomsrecht op de drager en de op die drager aangebrachte gegevens<sup>10</sup> is niet wel houdbaar nu software niet alleen gemakkelijk kan worden gekopieerd naar andere gegevensdragers, maar het ook veelvuldig voorkomt, dat er aan het gebruik van software geen drager te pas komt, bijvoorbeeld bij de uitwisseling via on-line verbindingen (E-mail).

Deze opvatting heeft consequenties voor wat betreft de bescherming van gegevens en de juridische kwalificatie van rechtshandelingen met betrekking tot gegevensverzamelingen. De bepalingen uit het goederenrecht kunnen wij niet zonder meer hanteren. Wij zullen ons moeten richten op het auteursrecht en de daaruit afgeleide regels met betrekking tot exploitatie, bescherming, bezit, overdracht en vestiging van zekerheidsrechten op software.

8. HR 23 mei 1921, NJ 1921, blz. 564.

9. Informatietechniek en strafrecht (vgl. noot 4), blz. 37 e.v.

10. E.J. Dommering: Gegevensbescherming. Bespreking van de vier praeadviezen voor de vergadering van de Ned. Jur. Ver. 1988, Computerrecht 1988/2, blz. 64.

### 3. VERBINTENISSENRECHT

#### 3.1 *Contractsvormen*

De overeenkomsten tot aanschaf van apparatuur en programmatuur vertonen aspecten van diverse soorten overeenkomsten. De aanschaf van apparatuur zal doorgaans als koop, huur of lease zijn te kwalificeren. Bij de aanschaf van p.c.'s zal de consument/koper zich kunnen beroepen op de nieuwe bepalingen van Boek 7. Onderhoud van apparatuur zal doorgaans geregeld zijn als aanneming van werk of eventueel als het verrichten van enkele diensten (opdracht).

Bij de aanschaf van programma's moeten we onderscheid maken tussen de aanschaf van standaardprogramma's of van maatwerkprogrammatuur. In het eerste geval gaat het om koop met de overdracht van het auteursrecht op de software of het verstrekken van een gebruiksrecht of licentie. Bij de maatwerksoftware spreken we van een ontwikkelovereenkomst in de vorm van aanneming van werk<sup>11</sup> met als resultaat het verlenen van een gebruiksrecht dan wel de overdracht van het auteursrecht op de ontwikkelde software. Hier speelt het niet fysieke karakter van software een duidelijke rol. Dit betekent, dat allerlei handelingen met betrekking tot programmatuur moeten worden beoordeeld in het kader van het auteursrecht. Zo zal de levering van het auteursrecht (vgl. art. 3:95 BW jo. art. 2 Auteurswet) door middel van een akte moeten geschieden, terwijl handelingen als het gebruik, de vastlegging op een gegevensdrager, het maken van een back-up kopie, de omzetting in een andere vorm en de primaire verspreiding van programma's steeds als openbaarmaking en/of verveelvoudiging moeten worden gekwalificeerd.

De afnemer zal doorgaans een voorkeur hebben voor koop en overdracht van het auteursrecht, waarbij de niet-professionele gebruiker op grond van artikel 7:5 en 7:47 BW verdergaande bescherming pretendeert te genieten dan waarop hij onder het oude BW aanspraak had.

Verder is bij formulering als aanneming van werk eerder te denken aan een resultaatsverbintenis, terwijl een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (opdracht) vrij snel tot een interpretatie zal leiden die aangeeft, dat er slechts sprake is van inspan-

11. E.H. Hondius: Computercontracten, privaatrechtelijke aspecten, in F. de Graaf e.a.: Hoofdstukken informaticarecht, blz. 70; H. Franken: Burgerlijk recht en informatica, WPNR 5885 (1988), blz. 464.

ningsverplichtingen. Voor de bewijspositie van partijen is dit onderscheid essentieel.

In de automatiseringsbranche is vaak sprake van het ter beschikking stellen en installeren van hele computersystemen. De levering van hardware en software wordt dan meteen aangevuld met andere vormen van dienstverlening zoals onderhoud en opleiding. Het totaal van de verplichtingen van de leverancier(s) wordt dan bepaald door de specifieke eigenschappen van de diverse onderdelen van de overeenkomst, bijvoorbeeld leasing van hardware, koop van standaardsoftware, aanneming van werk en het verlenen van een licentie ten aanzien van maatwerksoftware, dienstverlening met betrekking tot opleiding en aanneming van onderhoud. Van belang is wel, dat de afnemer ten aanzien van het totaal van de verplichtingen van de leveranciers zekerheid bedingt, zodat niet de verspreiding over een veelheid van rechtspersonen de nakoming van de totale prestatie in gevaar brengt. Ook kunnen aansluitings- en compatibiliteitsproblemen worden veroorzaakt door gebruik te maken van het aanbod van diverse leveranciers (multi vendorproblematiek). In dit verband verdient het zogenaamde turnkey contract vermelding. De afnemer vraagt een totaaloplossing voor het te automatiseren project, dat in zijn opdracht door een derde geschiedt, die als hoofdaannemer verantwoordelijk is voor de volledige realisatie daarvan. De opdrachtgever hoeft slechts een sleutel om te draaien om het volledige gebruik van het systeem te verkrijgen.

De tegenpool van deze benadering is de zogenaamde bodyshopping: het project wordt in eigen beheer door de opdrachtgever uitgevoerd, die daartoe werknemers van de leverancier ter beschikking gesteld krijgt, die onder verantwoordelijkheid van de opdrachtgever hun taak vervullen.

De praktijk geeft de laatste jaren bij deze gebundelde verbintenissen steeds meer gedetailleerde contracten te zien, waarbij een verschuiving optreedt van inspanningsverbintenissen op basis van uurtarief naar omschreven resultaten voor een vaste prijs. Het spreekt, dat deze ontwikkeling volledig voor rekening komt van de ten gunste van de afnemers gewijzigde machtsverhoudingen. Het feit, dat er meer bepalingen van dwingend recht in het NBW zijn opgenomen, heeft hiertoe nauwelijks bijgedragen.

### 3.2 *Kwalitatieve plichten*

Partijen, die over een professionele deskundigheid beschikken, hebben een voorsprong ten opzichte van hun wederpartij. In recente rechtspraak blijkt, dat deze voorsprong de plicht op de deskundige legt zijn (toekomstige) contractspartij uitgebreid en terzake kundig te informeren over de aard en omvang van de wederzijdse rechten en verplichtingen. Wij zouden hier van kwalitatieve plichten kunnen spreken, niet te verwarren met die in artikel 6:252 zijn geregeld. De dwalingsregel (art. 6:228 BW) geeft een duidelijk aanknopingspunt voor deze benadering. Een beroep op een toerekenbare tekortkoming (art. 6:74) vanwege het veroorzaken van een onjuiste voorstelling van zaken bij de afnemer heeft in tegenstelling tot de dwalingsactie het gevolg, dat er nakoming, ontbinding en/of schadevergoeding kan worden gevraagd. Het is aannemelijk, dat de deskundige computerleverancier of automatiseringsadviseur er daarbij thans niet meer onderuit zal kunnen te stellen en eventueel te bewijzen, dat hij in overeenstemming met de zorgvuldigheid en deskundigheid van een redelijk handelende leverancier c.q. adviseur zijn klant heeft ingelicht.<sup>12</sup> Dit betekent, dat de leverancier/adviseur niet alleen zo volledig mogelijk de opdrachtgever moet informeren over de opzet, organisatie en consequenties van de automatisering, maar ook de opdrachtgever moet waarschuwen voor eventuele risico's daarvan. De leverancier/adviseur is daartoe pas in staat wanneer hij eerst een deugdelijk onderzoek heeft ingesteld naar de structuur van het bedrijf, waar de automatisering zal worden aangebracht. De afnemer moet daartoe ook alle medewerking geven.<sup>13</sup> Vervolgens zal de leverancier zijn offerte op de reële bij de klant aangetroffen situatie moeten baseren. Het voortraject voor een automatiseringscontract blijkt hiermee van groot belang.

Vanwege de complexiteit van de samengestelde overeenkomst is het gebruikelijk een letter of intent op te stellen of een voorovereenkomst te sluiten. Hierin kunnen de spelregels voor de informatiefase worden vastgelegd. Niet alleen wordt daarbij duidelijkheid verschaft over de positie van partijen ten opzichte van elkaar met betrekking tot de komende hoofdverplichtingen, maar ook met betrekking tot het garanderen van de vertrouwelijkheid van de verschaft informatie.

12. Vgl. ook HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759.

13. Rb. 's-Gravenhage 26 maart 1986, Computerrecht 1986/3, blz. 185.



tie en de positie van het daarbij betrokken personeel. Het zou nuttig zijn wanneer de brancheorganisatie van computer- en softwareleveranciers (COSSO) voor deze voorfase een gedragscode zou ontwerpen. Hondius heeft in dit verband al eens gewezen op de standaardregeling van art. 6:214 BW.<sup>14</sup>

Overigens zal bij de uitvoering van de overeenkomst de Haviltex-formule<sup>15</sup> en de werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) de basis zijn voor een uitleg van het complex van automatiseringsovereenkomsten, die is gericht op een evenwichtige situatie van de partijen. Daarom zal niet alleen de deskundige leverancier/adviseur de zwaarste informatielasten dragen. In het bovengeciteerde Haagse vonnis is bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor een mislukte automatisering bij de afnemer gelegd, die minimale medewerking had verleend en onvoldoende had gezorgd voor de aanwezigheid van geschoold personeel.

### *3.3 Aansprakelijkheid*

Mislukte automatisering kost veel geld, vaak zeer veel geld. De schade kan ten laste komen van de leverancier/producent, de opdrachtgever/koper en/of de adviseur. De laatste figuur treedt bij automatiseringsovereenkomsten veelvuldig op en kan verantwoordelijk worden geacht voor allerlei soorten schadeposten, zoals ten gevolge van vertraging in de uitvoering van de opdracht, schending van bedrijfsgeheimen, vergissingen bij vaststelling en onvoorzichtigheid tijdens testhandelingen. Als criterium geldt de professionele standaard, dat wil zeggen het handelen dat van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsadviseur mag worden geëist.<sup>16</sup>

Meer gespecificeerd zullen de eisen van zorgvuldigheid en deskundigheid inhouden, dat de adviseur vakbekwaam moet handelen (1), een eigen verantwoordelijkheid moet dragen, dat wil zeggen onafhankelijk van zijn opdrachtgever en eventuele leveranciers (2), en een zelfstandige inlichtingenplicht heeft (3). De laatste verplichting is in de vorige paragraaf uitgewerkt. Voor de beoordeling van aansprakelijkheid vanwege het verrichten van diensten speelt het ontwerp van een E.G.-richtlijn<sup>17</sup> al een zekere rol. In deze richtlijn

14. E.H. Hondius (vgl. noot 11), blz. 68 met verwijzing naar verdere literatuur.

15. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

16. HR 11 april 1986, Computerrecht 1986/3, blz. 174.

17. Richtlijn van de Raad inzake de aansprakelijkheid voor diensten COM (90) 482

wordt uitgaande van schuldaansprakelijkheid een omkering van de bewijslast voorgesteld. De voorsprong in kennis van de professionele dienstverlener ten opzichte van de particuliere opdrachtgever vormt het argument voor dit in automatiseringsland ingrijpende, maar mijns inziens zeker te rechtvaardigen voorstel.

De leverancier kan tekort schieten in de nakoming ten aanzien van de verschuldigde prestatie en/of het niet in acht nemen van opleveringstermijnen dan wel met betrekking tot bijkomende verplichtingen. Het eerste onderdeel vormt veelvuldig een bron van onenigheid. Gaat het om toegezegde eigenschappen of om de levering van wat de opdrachtgever verwacht? In de praktijk blijkt over beide onderdelen van deze vraag onduidelijkheid: Er staat niet voldoende vast wat het systeem volgens de contractuele omschrijving moet kunnen en evenmin wat de expliciete eisen van de opdrachtgever zijn. Contractsuitleg volgens art. 6:248 BW is in de automatiseringswereld een uitkomst. Daarbij wordt dan de positie van de opdrachtgever met diens eigen verantwoordelijkheid begrepen zoals ten aanzien van de informatieverstrekking, ter beschikking stelling van het personeel, medewerking ten aanzien van de opstelling van het programma van eisen en instructie van de achterban, dat wil zeggen het personeel, dat uiteindelijk met het systeem moet werken.

Aangezien de levering en installatie van automatiseringstoepassingen vaak enige tijd in beslag neemt, waarbij partijen wederzijds zullen moeten presteren onder gebondenheid aan termijnen, komen opschortingsrechten in beeld. Het oude BW kende de *exceptio non adimpleti contractus* slechts voor koop, hoewel de rechtspraak ruimhartig met de exceptie omging. Art. 6:52 en 6:262 BW geven nu een duidelijk handvat om pas verder te presteren als de opdrachtgever geen betalingsachterstand meer heeft of om pas meer te betalen als de opdrachtnemer tijdig voldoende kwaliteit levert. In de praktijk is het nogal eens problematisch wie het eerst nalatig bleef, terwijl een multi vendor situatie kan veroorzaken, dat het opschortingsrecht van de opdrachtgever illusoir blijkt, omdat de nalatigheid aan een andere rechtspersoon moet worden toegerekend.

De produktenaansprakelijkheid van art. 6:185 BW e.v. vormt nog een onderwerp van discussie in het informaticarecht. Het belang van de aldaar aangegeven risicoaansprakelijkheid van de producent

moge blijken uit het voorbeeld waarbij een patiënt in een ziekenhuis overlijdt ten gevolge van een gebrek in een computer gestuurde scanner.<sup>18</sup> De vraag is of software als een produkt in de zin van art. 6:187 BW moet worden verstaan.<sup>19</sup> Argumenten tegen deze opvatting zijn: a. software is niet stoffelijk en kan daarom geen roerende zaak zijn, b. software is informatie en wordt niet industrieel vervaardigd via een technisch proces, c. elektriciteit is wel apart in de Richtlijn produktenaansprakelijkheid genoemd, d. de ontwikkeling van software is een dienst. Wat er van deze argumenten ook zij, de steeds grotere afhankelijkheid van software en de buitengewoon lastige controleerbaarheid van de deugdelijkheid daarvan rechtvaardigen het oordeel, dat de gebruiker zich op de produktenbescherming moet kunnen beroepen.

Ten slotte zij vermeld dat aansprakelijkheidsbeperkingen en bedingen tot uitsluiting van aansprakelijkheid schering en inslag vormen in automatiseringscontracten. In standaardcontracten van leveranciers wordt doorgaans iedere aansprakelijkheid voor gevolgschade uitgesloten, terwijl de aansprakelijkheid voor directe schade wordt beperkt tot een vast bedrag (vaak de omvang van de opdracht). Contracten van (machtige) afnemers (BiZa contracten) staan geen beperkingen toe, maar vermelden boeteclausules voor nalatigheden of termijnoverschrijdingen van de leverancier. Met de uitspraken van Saladin/HBU en vervolgens Van der Meer/Smilde en Hooijen/THB heeft de rechtspraak criteria voor de toetsing ontwikkeld.<sup>20</sup> Voor consumententransacties kunnen wij nu bovendien kijken naar de artt. 6:236 en 237 BW, waarin zowel van beperking van de aansprakelijkheid als over bewijsuitsluitingen of -beperkingen wordt gerept. Gaat het over transacties van ondernemers dan kan art. 6:233 BW nog een oplossing bieden.

Een probleem vormen de zogenaamde shrink-wrap licentieovereenkomsten. Het is bekend, dat algemene voorwaarden niet toepasselijk zijn als de wilsovereenstemming tussen partijen ontbreekt.<sup>21</sup>

18. Computerworld 16 augustus 1976, blz. 16.

19. C.J.M. Klaassen: Risico-aansprakelijkheid, Zwolle 1991, blz. 163 e.v., F.A.M. van der Klaauw-Koops: Aansprakelijkheid en verrekening, in: H. Franken e.a. (vgl. noot 1) blz. 89 e.v.

20. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553.

21. HR 9 december 1977, NJ 1978, 187.

Dat laatste kan men zich afvragen wanneer de verkoop van software geschiedt terwijl onder doorzichtig plastic aan de buitenzijde van de doos met diskettes een mededeling is verpakt, die inhoudt, dat de afnemer de doos ongeopend moet teruggeven indien hij niet akkoord gaat met de — in veel kleine lettertjes geformuleerde — voorwaarden van de licentieovereenkomst. Opent hij de doos toch dan heeft hij de voorwaarden van de licentieovereenkomst zonder enig voorbehoud aanvaard.

### *3.4 Schadevergoeding*

Miljoenenclaims vormen in de automatiseringsbranche beslist geen uitzondering. Het NBW geeft met art. 6:98 een antwoord op de causaliteitsvraag waarover lang is gestreden. De toerekening naar redelijkheid moet thans ook bij wanprestatie worden toegepast. Dit betekent, dat in beginsel ook alle gevolgschade tot de te vergoeden schade moet worden gerekend. In andere opzichten wordt de aansprakelijkheid in het NBW beperkt. Zo heeft de regeling van de produktenaansprakelijkheid alleen betrekking op letselschade en zaakschade die in de privé-sfeer is geleden (art. 6:190) en bij consumentenkoop is de verkoper — althans in gevallen van produktenaansprakelijkheid — voor de in artikel 6:190 BW genoemde schade in beginsel juist niet aansprakelijk (7:24 lid 2 BW).

Automatiseringsrelaties overziende kan men stellen dat de vergoeding van de gevolgschade afhankelijk is van de naar ervaringsregels meerdere of mindere mate waarin het gevolg waarschijnlijk is, van de mate van verwijdering van het gevolg, van de schuld van de leverancier en van de vraag of laatstgenoemde een bedrijf uitoefent. Het al of niet verzekerd zijn kan tegenwoordig bij de toerekeningsvraag eveneens een rol spelen. Zo bij elkaar genomen lijkt de oude adequatietheorie niet zover achter ons te zijn gelaten. Bovendien verdient art. 6:109 BW (matigingsrecht) in dit kader eveneens uitdrukkelijk vermelding.

## 4. ZEKERHEID

### *4.1 Pandrecht*

Met de aanschaf en ontwikkeling van software kunnen aanzienlijke investeringen zijn gemoeid. Evenals andere vermogenswaarde van een onderneming is software daarom van belang voor het verschaffen van zekerheid aan crediteuren. Art. 3:236 lid 2 BW geeft aan,

dat pandrecht op andere goederen dan roerende zaken of rechten aan toonder of order wordt gevestigd op overeenkomstige wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald. Naar aanleiding van onze constatering in paragraaf 2.3, dat men zich voor de levering van software op het auteursrecht moet richten, is krachtens art. 3:95, 98 BW jo. art. 2 lid 2 Auteurswet pandrecht op (het auteursrecht op) software mogelijk door middel van een daartoe bestemde authentieke of onderhandse akte. Hetzelfde geldt voor een stille verpanding van (het auteursrecht op) software. Immers de stille verpanding van art. 3:239 BW betreft pandrecht op vorderingen op naam; deze bepaling heeft daarom geen betrekking op absolute rechten zoals het auteursrecht. Voor de vestiging van stil pandrecht op software gelden derhalve krachtens art. 3:236 lid 2 BW dezelfde eisen als voor de levering en voor de vestiging van een 'gewoon' pandrecht.

De verruiming, die het NBW brengt terzake van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen (art. 3:97 NBW) werkt mijns inziens ook door ten aanzien van de levering van een toekomstig auteursrecht. De enige eis die daarbij wordt gesteld is het in art. 3:84 lid 2 NBW bepaalde, dat een goed bij de titel 'met voldoende bepaaldheid omschreven' dient te zijn.

#### *4.2 Escrow*

Van meer dan dogmatisch belang is de wijze waarop in de praktijk zekerheid met betrekking tot software wordt gevestigd. Daarbij speelt een rol, dat software (in ieder geval) twee verschijningsvormen heeft. In de eerste plaats de source-code versie, die is geschreven in een hogere programmeertaal, welke er nog enigszins voor de mens begrijpelijk uit ziet. Deze code wordt door een compiler of interpreter omgezet in machinetaal dat wil zeggen instructies waar de computer mee kan werken. Daarmee hebben we de object-code, die voor de mens nauwelijks te lezen is. De leverancier van software stelt nu op grond van commerciële overwegingen (klantenbinding) of om veiligheidsredenen (tegengaan van kopiëren) alleen de object-code ter beschikking van zijn afnemer.

Deze handelwijze houdt wel risico in voor de afnemer. Als het bedrijf van de leverancier wordt geliquideerd, is de afnemer niet meer zeker van de verzorging van het onderhoud van de programmatuur. Bovendien wordt de afnemer sterk afhankelijk gemaakt van

de leverancier. Wijzigingen of aanpassingen (up-dating) van de programmatuur kan de afnemer zonder te beschikken over de source-code versie niet zelf uitvoeren en de leverancier kan daarom voor die activiteit een exorbitant hoge prijs vragen.

Deze problemen in de relatie leverancier-opdrachtgever lopen parallel met de eventuele wenselijkheid om software als een belangrijke actiefpost van een onderneming in aanmerking te doen komen om als zekerheid voor de crediteuren te dienen door middel van de vestiging van een stil pandrecht. Voor de beoordeling van de geschiktheid van software voor zekerheidsverschaffing geldt wel, dat de software vluchtig is: er komen snel en veelvuldig wijzigingen in de toepassingswijze voor. Bovendien dreigt steeds gevaar van illegaal kopiëren en daarmee van waardedaling van het pakket. Van belang is, dat de stille pandhouder voor de mogelijkheid tot het aanbrengen van wijzigingen of aanpassingen zonder daarbij afhankelijk te zijn van de medewerking van de gebruiker (debiteur) ook moet beschikken over de source-code (inclusief documentatie). In deze situatie geldt eveneens, dat de gebruiker (debiteur) deze source-code niet gaarne uit handen geeft.

Om uit dit probleem te komen en zowel een garantie mogelijk te maken voor de crediteur van de rechthebbende op de software als een waarborg te creëren voor de gebruiker ten einde de continuïteit van zijn bedrijfsvoering veilig te stellen, is een bewaargevingsconstructie ontworpen. Met spreekt van source-code escrow, dat wil zeggen de broncode van de programmatuur wordt in consignatie gegeven aan een onafhankelijke derde (escrow agent of in Nederland meestal een notaris).

De bewaarnemer heeft dan wel enige bijzondere verplichtingen, die het beste in een driepartijenovereenkomst kunnen worden vastgelegd. In de eerste plaats moet de bewaarnemer ervoor zorgen, dat de software in bruikbare vorm blijft. Voorts zal hij zich ervan moeten vergewissen of hij wel de juiste broncode heeft ontvangen en of deze volledig is. Daartoe moet hij beschikken over de source listing, welke alle programma's inclusief verbeteringen en aanvullingen bevat met de volledige documentatie en instructies voor het kopiëren en updaten van het programma. Ten slotte zal een voorwaardelijke eigendomsoverdracht van de programmatuur moeten worden opgesteld, die inhoudt dat bijvoorbeeld bij faillissement, liquidatie van het bedrijf van de leverancier of bij het niet nakomen van in de akte

gespecificeerde verplichtingen, de bewaarnemer de gegevensdrager (tape, diskette, hard-disk) met de opgeslagen informatie en bijbehorende documentatie gaat houden voor de afnemer dan wel crediteur die na deze incidenten daarover mag beschikken.

De source-code escrow is een belangrijk middel om de belangen- tegenstelling tussen leveranciers en gebruikers op te heffen en software geschikt te maken voor de vestiging van zekerheidsrechten.

## 5. BESLUIT

De toepassingsmogelijkheden van de informatietechnologie verdienen de aandacht van de jurist. Er zijn nieuwe rechtsvragen, die met behulp van bestaande en nieuwe regelgeving kunnen worden aangepakt. De boeken 3, 5 en 6 helpen ons aardig vooruit. Een tweede generatie problemen betreft de uitwerking van de nieuwe regelingen overeenkomstig de dogmatiek van in casu het privaatrecht. Immers na de keuze van de wetgever of rechter voor een bepaald regime, bijvoorbeeld bij software voor het auteursrecht, rijzen vervolgens vragen met betrekking tot de originaliteit van het werk, het verschaffen van zekerheid enz. Toch kan er daarna nog een derde generatie vragen rijzen. Aan bepaalde problemen in verband met de toepassingen van informatietechnologie kleven zoveel verschillende facetten, die hun regeling vinden in diverse juridische disciplines, dat het gevaar niet denkbeeldig is, dat de gemeenschappelijke noemer onvoldoende aandacht krijgt met als gevolg ondoorzichtigheid en onzekerheid. Voor onderwerpen als EDI (Electronic Data Interchange) dienen de diverse aspecten als aansprakelijkheid, bewijs, privacybescherming, fraude en telecommunicatie als een samenhangend geheel te worden behandeld. De privaatrechtelijk geschoolde jurist zal daarom in de toekomst aanpalende heerlijkheden in zijn beschouwing moeten betrekken.



# Het nieuw BW en het belastingrecht

*H.B. Krans en B. Pries\**

In de strijd om Troje raakte Achilles in gevecht met Memnon. Achilles was een grote held aan Griekse zijde en zoon van de zeenimf Thetis. Memnon was een bijzonder mooie Trojaan, zoon van Eos, de godin van de dageraad. Zeus moest over hun lot beschikken, maar wilde geen van beide moeders voor het hoofd stoten. Om tot een beslissing te komen nam hij een weegschaal en legde de zielen van Achilles en Memnon ieder in een schaal. De weging viel in het voordeel van Achilles uit en hij won het duel. Toch was Memnon uiteindelijk beter af: Zeus had hem onsterfelijk gemaakt, terwijl Achilles spoedig op het slagveld zou sterven.

Het wegen van zielen is slechts de goden gegeven. Het burgerlijk recht moet zich behelpen met het afwegen van belangen. Daarbij zullen de omstandigheden van het geval van gewicht kunnen zijn. In het eerste gedeelte van dit artikel komt aan de orde in hoeverre een rol speelt dat een van beide partijen bij een overeenkomst de fiscus is. In het tweede gedeelte wordt ingegaan op enige aspecten van de wisselwerking tussen het nieuwe BW en het belastingrecht.

## DE FISCUS ALS WEDERPARTIJ

Het civiele recht kan rechtstreeks van toepassing zijn op het handelen van de fiscus. Nu kent het nieuw BW geen bijzondere bepalingen met betrekking tot de overheid. Wel zullen allerlei civielrechtelijke begrippen ingekleurd worden met het oog op de kwaliteit van de betrokken partijen. Te denken valt aan open normen als redelijkheid

\* Mr H.B. Krans is en mr B. Pries was als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden. Sinds 1 april jl. is mr Pries werkzaam als bedrijfsjurist bij Shell Internationale Petroleum Maatschappij BV.



en billijkheid en maatschappelijke onbetamelijkheid. Ook kan de rechter het optreden van de fiscus via art. 3:14 toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ter illustratie een voorbeeld:

Er is grote behoefte aan een pontje voor fietsers en voetgangers over de rivier de Styx. De fiscaal ondeskundige X wil in deze behoefte voorzien en een veerdienst beginnen. Vooraf pleegt hij overleg met de fiscus en spreekt af dat de veergelden zullen zijn vrijgesteld van omzetbelasting. Eerst naderhand ontdekt X dat de vrijstelling met zich meebrengt, dat hij de omzetbelasting die hij zelf heeft betaald over de nieuwe veerpont, niet terugkrijgt. Hierdoor is de veerdienst onrendabel en zit X aan de grond.<sup>1</sup>

Stel dat X een beroep doet op het ontbreken van de wil (art. 3:33) en de fiscus zich zijnerzijds beroept op gerechtvaardigd vertrouwen (art. 3:35). De rechter heeft dan verschillende mogelijkheden om het feit dat de wederpartij een inspecteur is te laten meewegen. Ten eerste zijn volgens art. 3:11 de omstandigheden van het geval van belang voor de vraag of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen. Er zal rekening mee worden gehouden dat de inspecteur een deskundige partij is en X niet. Bovendien zal de fiscus ons inziens in het bijzonder rekening moeten houden met de belangen van de burger.<sup>2</sup> Aan de fiscus zullen dus hoge eisen gesteld mogen worden om zich te kunnen beroepen op de bescherming van art. 3:35. Verder mag de fiscus volgens art. 3:14 een civielrechtelijke bevoegdheid niet in strijd met het publiekrecht uitoefenen. Zo zal het in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur om de ondeskundige belastingplichtige niet de tijd te gunnen zich over de afspraak te beraden en deskundig advies in te winnen.<sup>3</sup> De fiscus is op deze wijze bij zijn optreden zowel aan civielrechtelijke als aan publiekrechtelijke normen gebonden. Voor hem geldt steeds het strengste regime.<sup>4</sup>

De hoedanigheid van inspecteur kan dus een grote rol spelen bij

1. Zie voor de vrijstelling van veerdiensten voor de omzetbelasting de Resolutie van 14 september 1972, nr. B72/4253 en de Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, aantekening 158 bij artikel 7 Omzetbelasting.
2. Naar analogie met HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (Van der Meer/Smilde).
3. Zie bijvoorbeeld HR 8 april 1987, BNB 1987/191 en HR 25 oktober 1989, BNB 1990/6.
4. Zie hierover P.J. Wattèl, Het fiscale compromis: dual residence aan weerszijden van de magische lijn, WFR 5782, 16 juli 1987, blz. 855 e.v.

de afweging van belangen. Het zal de fiscus daarbij veelal vergaan als Memnon. Toch is het geschetste beeld niet volledig zonder de positie van de wederpartij van de fiscus nader te bekijken. Het bijzondere van de fiscus is, dat hij het algemeen belang op zeer directe wijze behartigt. Dat zou gevolgen kunnen hebben voor zijn wederpartij. Die moet in zijn relatie met de fiscus rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander.<sup>5</sup> Nu dit belang het algemeen belang is, mag van de burger extra zorgvuldigheid worden verlangd. Bij de invulling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet volgens art. 3:12 rekening worden gehouden met onder meer de maatschappelijke belangen die bij het geval zijn betrokken. Het maatschappelijk belang bij belastingheffing is groot en daarom zullen voor de burger strengere normen mogen gelden. De balans komt wat meer in evenwicht als niet alleen de overheid in het bijzonder rekening moet houden met de belangen van de burger, maar de burger ook in het bijzonder rekening moet houden met het algemeen belang.

Naast de directe toepassing kan het civiele recht ook op indirecte wijze relevant zijn voor de fiscus. Het is mogelijk civielrechtelijke bepalingen al dan niet via schakelbepalingen analoog toe te passen buiten hun eigenlijke werkingsterrein. Bij de toepassing van de schakelbepalingen kan rekening worden gehouden met het publiekrechtelijke karakter van de rechtsbetrekking tussen de fiscus en de belanghebbende. Art. 3:59 bijvoorbeeld bepaalt dat de wilsvertrouwensleer ook buiten het vermogensrecht van toepassing is 'voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet'. Deze clausulering geeft de rechter de ruimte om partijen al dan niet bepaalde rechten toe te kennen.

Door Wessels is beschreven hoe de regels van het nieuwe vermogensrecht analoog kunnen worden toegepast op bijvoorbeeld de fiscale overeenkomst.<sup>6</sup> In de literatuur is de vraag gerezen of een dergelijke analogie ook mogelijk is met betrekking tot de zogenaamde standaardvoorwaarden.<sup>7</sup> Ter bepaling van de gedachten eerst een korte casus:

5. Vergelijk HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).
6. B. Wessels, *Fiscale overeenkomst*, Arnhem 1982.
7. B. Wessels, *Het nieuw BW en haar betekenis voor het belastingrecht*, WFR 5969, 4 juli 1991, blz. 969 en het Rapport van de Commissie belastingrecht/NBW, 3 januari 1992, blz. 20.

Y wil zijn eenmanszaak inbrengen in een BV, waarvan hij directeur en enig aandeelhouder is. Omdat de onderneming niet langer voor zijn eigen rekening, maar voor rekening van de BV gedreven zal worden, moet Y belasting betalen over de stille reserves.

Het belasten van deze stakingswinst kan voor Y bezwaren opleveren, bijvoorbeeld vanwege een gebrek aan liquide middelen. Hij kan dan verzoeken om een zogenaamde geruisloze inbreng, zodat niet hoeft te worden afgerekend. Het verzoek zal worden toegewezen als aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Deze standaardvoorwaarden zijn neergelegd in een resolutie van de Staatssecretaris van Financiën en worden gepubliceerd. Tegen een voorwaarde die in de ogen van de belanghebbende onbillijk is staat geen beroep open.<sup>8</sup> Een verbetering van de rechtsbescherming op dit punt wordt door veel fiscalisten bepleit.<sup>9</sup> Het is de vraag of een dergelijke verbetering kan worden gevonden in analoge toepassing van de nieuwe regeling inzake algemene voorwaarden.

De schakelbepaling die in dit geval voor toepassing in aanmerking zou komen is art. 6:216. Het verklaart de speciaal voor overeenkomsten geschreven bepalingen, waaronder de regeling van de algemene voorwaarden, van overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. In casu is de rechtshandeling het verlenen van toestemming onder bepaalde voorwaarden. Deze voorwaarden moeten worden aanvaard door Y en de BV, hetgeen een aanwijzing is voor meerzijdigheid.<sup>10</sup> Het probleem is, dat de rechtshandeling publiekrechtelijk van aard is. Het gaat te ver het geven van toestemming door de fiscus aan te merken als een vermogensrechtelijke rechtshandeling voor toepassing van de schakelbepaling. Wel kan de rechter buiten de schakelbepalingen om

8. Wel is bezwaar en beroep mogelijk tegen de aanslagen die naar aanleiding van de inbreng worden opgelegd.
9. Zie hierover onder anderen Ch.J. Langereis, *Fiscale rechtsbescherming*, diss. Tilburg, 1986, blz. 108, A.C. Rijkers, *Geruisloze omzetting in een NV of BV*, *Fiscale Monografieën* nr. 51, 1989, blz. 338 e.v., H.G.M. Dijkstra, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen*, *Fiscale Monografieën* 37, 1984, blz. 38, P.H.J. Essers, *Nieuwe standaardvoorwaarden art. 18 Wet IB 1964, De Naamloze Vennootschap 70/1 januari 1992*, blz. 2 e.v.
10. Zowel de standaardvoorwaarden van art. 18 Wet op de inkomstenbelasting 1964 als die van art. 14 en art. 15 Wet op de vennootschapsbelasting eindigen met de bepaling dat aanvaarding dient plaats te vinden.

analoog redeneren.<sup>11</sup> Het is dan de vraag of het civiele recht enige meerwaarde heeft ten opzichte van de bestaande rechtsbescherming.<sup>12</sup> Zoals gezegd is het voornaamste knelpunt het ontbreken van een goede rechtsgang voor de belanghebbende. Op dit punt zal de regeling van de algemene voorwaarden weinig verbetering brengen. Wel bestaat er op grond van art. 6:240 en verder voor belangenorganisaties de mogelijkheid om algemene voorwaarden in abstracto te laten toetsen.

#### WINSTAFDRACHT

Voordat nu de invloed van een aantal civielrechtelijke veranderingen op de heffing van belastingen wordt besproken, eerst aandacht voor een fiscaal aspect van het schadevergoedingsrecht: het nieuwe art. 6:104. Deze bepaling creëert de mogelijkheid om afdracht van winst te vorderen op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie.<sup>13</sup> De gedachte is dat ten onrechte genoten winst aan de benadeelde ten goede behoort te komen. Het is de vraag welke winst daarbij in aanmerking moet worden genomen. Volgens de parlementaire geschiedenis<sup>14</sup> is de netto-winst bedoeld, dat wil zeggen de winst na aftrek van kosten en verschuldigde belastingen. Het ligt niet voor de hand dat de wetgever met 'verschuldigde belastingen' het oog heeft gehad op een winstbelasting (in de vorm van inkomsten- of vennootschapsbelasting). Weliswaar zullen voor een gedaagde ondernemer de baten deel uitmaken van zijn fiscale winst, maar de afdracht komt ook weer ten laste van deze fiscale winst. Per saldo zal hij dan ook

11. Zie voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid op een publiekrechtelijke overeenkomst HR 10 april 1987, NJ 1988, 148 met noot W.H.H.
12. W. Snijders bijvoorbeeld betoogt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mede de inhoud van redelijkheid en ongeschreven betamelijkheid bepalen. Hij komt tevens tot de stelling dat beide criteria eigenlijk tot eenzelfde resultaat zouden moeten leiden (in Bestuursrecht en nieuw BW, Juvat Bundel, blz. 49 e.v. en blz. 59 e.v.). Zie hierover tevens W.G. Huijgen, Aansprakelijkheid van de overheid, diss. Leiden 1991, blz. 48 e.v., J.C.E. Ackermans-Wijn, Contracten met de overheid, diss. Nijmegen 1989, blz. 96 e.v. en M. Kobussen, De vrijheid van de overheid, diss. Tilburg 1991, o.a. blz. 57 e.v.
13. De noodzaak van deze bepaling schuilt in het feit dat in een aantal gevallen wel ten onrechte winst was gemaakt, maar de gelaedeerde geen vermogensschade had geleden, zodat een vordering tot vergoeding van deze winst op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad niet zou slagen.
14. Parlementaire Geschiedenis Boek 6, L. v. Antw. II, blz. 1269.



over de baten geen belasting verschuldigd zijn.<sup>15</sup> Dit zou enigszins anders kunnen zijn indien de afdracht fiscaal in een later jaar dan de baten in aanmerking zou worden genomen. De ondernemer kan dit echter voorkomen. Hij kan in het algemeen terzake van de mogelijke verplichting tot winstafdracht volgens goed koopmansgebruik reeds een passiefpost (verplichting c.q. voorziening) opnemen.<sup>16</sup> Een wijs handelend eiser van de schadevergoeding zal met die mogelijkheid rekening houden bij de hoogte van de vordering. Hij zal dan ook uitgaan van het door wanprestatie of onrechtmatige daad verkregen voordeel, na aftrek van gemaakte kosten, maar vóór aftrek van winstbelastingen. Op die manier kan hij zelfs eventueel de gedaagde attenderen op de mogelijkheid van het vormen van de passiefpost.

### LE FISC QUI RIT

Kan de fiscus als lachende derde toezien hoe het nieuwe burgerlijk wetboek het fiscale recht beïnvloedt? De invoering van het nieuwe BW heeft inhoudelijk weinig gevolgen voor het belastingrecht.<sup>17</sup> Wel is de belastingwetgeving op veel punten aangepast in verband met de terminologische wijzigingen in het nieuwe BW.<sup>18</sup> Verder zijn er aanpassingen van het fiscale recht die beogen te voorkomen dat een wijziging in het burgerlijk recht tot een andere fiscale behandeling van de gebeurtenis zou leiden. Een voorbeeld is de ontbinding:

A verkoopt en levert een huis aan B. De overdracht is belast met 6% overdrachtsbelasting. Een half jaar later ontbindt B de overeenkomst en het huis keert terug bij A.

Onder het oude recht had de ontbinding terugwerkende kracht en

15. Bij een particulier zal heffing over dit voordeel veelal geheel niet aan de orde komen, aangezien het toerekenen van dit door middel van wanprestatie of onrechtmatige daad verkregen voordeel aan een bron van inkomen veel problemen zal opleveren. Aan eventuele complicaties ten aanzien van de berekening van de af te dragen som kan dan ook worden voorbij gegaan.
16. Art. 9 Wet op de inkomstenbelasting 1964.
17. In gelijke zin H. Schuttevåer, *Het nieuwe BW en het belastingrecht*, NJB 1982, blz. 537 e.v. en het Rapport van de Commissie belastingrecht/NBW, 3 januari 1992.
18. Een groot gedeelte van de Invoeringswet dat betrekking heeft op het fiscale recht is dan ook gewijd aan doorvoering van veranderingen als goed door zaak en aanpassing van termen als nietig en vernietigbaar.

zakelijke werking. Omdat achteraf gezien het huis nimmer is overgedragen, kreeg A de betaalde belasting terug. Naar nieuw BW blijft de rechtsgrond voor de verrichte prestaties in stand en rust er op partijen een ongedaanmakingsverplichting (art. 6:271). Zonder nadere bepaling zou niet alleen over de levering van A aan B, maar ook over de teruglevering van B aan A belasting verschuldigd zijn. In verband met dit probleem is de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer aangepast. De overdracht van B aan A is vrijgesteld en de belasting die was betaald op grond van de aanvankelijk belaste levering van A aan B, kan worden teruggevraagd.<sup>19</sup>

Met betrekking tot de omzetbelasting treden soortgelijke problemen op als bij de overdrachtsbelasting:

Particulier A verkoopt en levert zijn auto aan ondernemer B. Na enige tijd ontbindt B de overeenkomst en levert de auto terug aan A.

Aangezien A particulier is, is de overdracht van A aan B onbelast. De levering van B aan A daarentegen is een levering in de zin van art. 3 lid 1 sub e Wet op de Omzetbelasting, en is wel belast. Dat betekent dat A naast de koopsom aan B ook nog eens omzetbelasting moet betalen. Voor deze merkwaardige situatie is nog geen voorziening getroffen.<sup>20</sup> In voorkomende gevallen is de belanghebbende dus voorsnog afhankelijk van de welwillendheid van de fiscus.<sup>21</sup>

Een andere verandering die optreedt door de invoering van het NBW betreft het verblijvingsbeding met uitgestelde werking. Om duidelijk te maken wat zo'n beding inhoudt, volgt eerst weer een casus:

A en B zijn de vennoten van de firma X. Teneinde de continuïteit te verzekeren willen ze in het firmacontract een voortzettingsbeding opnemen, inhoudende dat de een recht heeft op het firmadeel van de ander wanneer die ander overlijdt.

19. Art. 15 lid 1 sub r en art. 19 sub c Wet op Belastingen van Rechtsverkeer.

20. Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, Kamerstukken 19 527.

21. Overigens speelt eenzelfde probleem bij een ontbinding wegens de vervulling van een ontbindende voorwaarde. Deze vervulling heeft weliswaar goederenrechtelijk effect, zodat de vervreemder dan van rechtswege de eigendom herkrijgt, maar tussen de levering en de ontbinding is de desbetreffende zaak wel degelijk eigendom van de ondernemer-verkrijger geweest, zodat de herkrijging van de eigendom door de vervreemder ook een levering in de zin van art. 3 lid 1 sub e Wet op de omzetbelasting is.

Het voortzettingsbeding kan op twee manieren worden uitgewerkt. In de eerste plaats kunnen A en B afspreken dat de erfgenamen verplicht zullen zijn enige tijd na het overlijden het firmadeel aan de overgebleven firmant te leveren. Dit heeft als voordeel dat die erven gedurende de tijd dat het firmadeel tot de nalatenschap behoort als ondernemer zullen worden aangemerkt. De overgang van de onderneming van de erflater op de erfgenamen wordt op grond van art. 57a Wet op de inkomstenbelasting 1964 belast tegen het gunstige tarief van 20%. Bij de levering van de erfslaters aan de overgebleven firmant wordt in de regel geen winst gerealiseerd en is dus geen belasting verschuldigd. Het grote nadeel van een overnemingsbeding is dat het geen volledige zekerheid biedt. Is een van de erfgenamen bijvoorbeeld failliet, dan zal levering uitblijven.

Dit nadeel kent het zogenaamde verblijvingsbeding niet. In dat geval verblijft het firmadeel aan de resterende vennoot zonder dat er, althans volgens het oude BW, levering nodig is. Het betreft een scheiding van het firmavermogen onder de opschortende voorwaarde van overlijden. Helaas is dit beding fiscaal minder voordelig. Er moet met de fiscus worden afgerekend alsof de erflater bij leven zijn onderneming heeft gestaakt. Het toepasselijke tarief van art. 57 Wet op de inkomstenbelasting 1964 bedraagt 45%. Bij de invoering van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 is de minister stevig aan de tand gevoeld over dit merkwaaardige verschil in fiscale behandeling van het overnemingsbeding en het verblijvingsbeding. De minister heeft toen zelf een oplossing gesuggereerd die de voordelen van een laag tarief combineert met civielrechtelijke zekerheid.<sup>22</sup> Partijen kunnen in het firmacontract een zogenaamd verblijvingsbeding met vertraagde werking opnemen. Het moment waarop het firmadeel aan de andere firmant verblijft wordt gesteld op bijvoorbeeld een week na overlijden. Gedurende die week zijn de erfgenamen ondernemer en kan er geprofiteerd worden van het lage overlijdenstarief. Na de week gaat het firmadeel over zonder dat levering nodig is.

Door het nieuwe BW verliest de door de minister aanbevolen constructie haar zin. In het rapport van de Commissie belastingrecht/NBW worden daarvoor twee redenen gegeven. De eerste is dat door het nieuwe art. 3:85 lid 2 de overdracht onder opschortende

22. Zie hierover o.a. H. Mobach/L.W. Sillevius e.a., *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting t/m 1989)*, 2.2.30.D., onder b.5., blz. 145.

tijdsbepaling wordt aangemerkt als een onmiddellijke overdracht met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik voor de erfgenamen voor de periode van een week. Vervreemding van het bloot eigendom brengt staking van de onderneming op het moment van overlijden met zich mee. De stakingswinst is belast tegen het hogere tarief. Nu geldt art. 3:85 lid 2 alleen voor de opschortende tijdsbepaling. Het probleem dat de commissie opwerpt doet zich dus niet voor wanneer als opschortende voorwaarde van het verblijvingsbeding met vertraagde werking een onzekere gebeurtenis is gekozen. Zo zou men de scheiding van het firmavermogen kunnen opschorten totdat de overleden firmant begraven of gecremeerd is. Op deze wijze wordt toch een fiscaal gunstig resultaat bereikt. Het tweede argument van de Commissie is, dat een verblijvingsbeding naar Nieuw BW niet langer declaratieve werking heeft. Voor overgang van het firmadeel is net zoals bij een overnemingsbeding levering nodig. Civielrechtelijk biedt een verblijvingsbeding dus geen voordelen meer.

In veel firmacontracten zal geen rekening gehouden zijn met de mogelijke fiscale gevolgen van de invoering van het nieuwe BW. Bevat de overeenkomst het gebruikelijke verblijvingsbeding onder opschortende tijdsbepaling, dan heeft de overeenkomst een heel ander gevolg dan partijen voor ogen heeft gestaan. Wellicht is een wijziging van de overeenkomst in die omstandigheden gerechtvaardigd. Een beroep op de regeling van de onvoorziene omstandigheden van art. 6:258 lijkt daarvoor de aangewezen weg.<sup>23</sup> Op grond van dit artikel kan de rechter op verlangen van een der partijen de overeenkomst ontbinden of wijzigen indien door het optreden van onvoorziene omstandigheden ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst zeer onredelijk uitwerkt. Nu zou men kunnen stellen dat de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek alle overeenkomsten raakt en dat zo'n omstandigheid van algemene aard geen voldoende aanleiding is voor wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden.<sup>24</sup> Deze redenering gaat waarschijnlijk niet op, omdat artikel 3:85 alleen voor een bepaalde categorie bedingen zulke ingrijpende gevolgen heeft. Omdat het niet te verwachten is dat

23. Zie voor jurisprudentie over de financiële bezwaarlijkheid van de uitvoering van een overeenkomst als gevolg van externe omstandigheden: *Contractenrecht IV-C* (Valk), sub F en in mindere mate sub E.

24. Meer over omstandigheden van algemene aard is te vinden in *Asser-Hartkamp II*, nr. 337, blz. 309-311.



wijziging van de betreffende overeenkomsten op grond van onvoorziene omstandigheden tot maatschappelijke ontwrichting of een vloed van processen zal leiden, kan tegen deze weg weinig bezwaar bestaan.

Bij toepassing van art. 6:258 zal telkens moeten worden nagegaan of de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Zijn er geen andere redenen voor de gekozen constructie dan de hierboven genoemde, dan zal de wederpartij zich ons inziens niet kunnen verzetten tegen omzetting van het verblijvingsbeding onder opschortende tijdsbepaling in een overnemingsbeding. De wijziging brengt geen nadelen met zich mee en het fiscale voordeel is groot.

Resteert de vraag of een wijziging in het burgerlijk recht wel tot wijziging van de belastingheffing zou mogen leiden. Met andere woorden: kan de fiscus als lachende derde toezien hoe de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek hem een voordeel in de schoot werpt? Zeus kon een dilemma eenvoudig oplossen met behulp van een weegschaal. Voor juristen is dat moeilijker. Hoe moeten de belangen van de burger en de fiscus hier tegen elkaar worden afgewogen? Wanneer de fiscale gevolgen van de invoering van het nieuwe BW niet door de wetgever zijn aangegeven, is het de vraag of er voldoende legitimatie is voor de eventueel te betalen extra belasting. De geldende belastingwetgeving krijgt immers een ander gevolg dan de volksvertegenwoordiging destijds heeft goedgekeurd. Bij een afweging zou in een dergelijk geval de burger het behoren te winnen van de fiscus. Zolang de rechter of de wetgever zich hierover nog niet heeft uitgesproken, zou het de fiscus sieren zich in voorkomende gevallen soepel op te stellen.