

SCHADEVERHAAL

BW-krant jaarboek nr. 3

redactie:

Mr A.G. Castermans

Mr W.A.K. Rank

Mr F.J. de Vries

Leiden 1987

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Schadeverhaal

Schadeverhaal / red.: A.G. Castermans, W.A.K. Rank, F.J. de Vries
- Leiden : Rijksuniversiteit Leiden. (BW-krant jaarboek ; nr. 3)

Uitg. van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, vakgroep Civielrechtelijke vakken, afd. Burgerlijk Recht.

ISBN 90-6385-134-0

SISO 397.6 UDC 347.51(492)

Trefw.: aansprakelijkheid; burgerlijk recht

© 1987, mr A.R. Bloembergen, prof. mr E.H. Hondius, mr P. Neleman, prof. mr A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, mr drs R. Zwitser, mr C.J.J.M. Stolker, mr W.A.K. Rank, mw mr L. de Vries-Kalff, mr W.L. Valk, mw. G. van der Veen

Behoudens uitzonderingen door de wet gesteld, mag zonder toestemming van de rechthebbenden op het auteursrecht, c.q. de auteurs van wie bijdragen in deze bundel zijn opgenomen, niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of anderszins.

VOORWOORD

Deze derde editie van het BW-krant is een hommage aan onze oud-redacteur Paul Knol, die gedurende jaren de BW-krant en het jaarboek met scherpzinnige artikelen heeft verrijkt. De schade, die zijn vertrek naar de juridische afdeling van een te privatiseren overheidsdienst voor het jaarboek heeft teweeg gebracht, is niet gemakkelijk te begroten. Scheiden doet ook hier Lijden. Maar de scheiding leidde eigenlijk als vanzelf naar het thema van het jaarboek, schadeverhaal. Gedurende de jaren waarin Paul Knol aan de Leidse universiteit werkte, heeft hij altijd een bijzondere belangstelling getoond voor het schadevergoedingsrecht. Deze interesse culmineerde vorig jaar in de publicatie van de studiepocket "Vergoeding van Letselschade". Dit jaarboek staat in het teken van het schadevergoedingsrecht. Verhalenderwijs worden een aantal aspecten van dit rechtsgebied belicht. De bijdrage van A.R. Bloembergen bijvoorbeeld gaat speciaal over de tijdelijke regeling verhaalsrechten (afd. 6.3.5 NBW), maar ook in het artikel van prof. mr A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck komt de afschaffing van verhaalsrechten ter sprake in verband met de verkeersverzekering. De overige artikelen, uitgezonderd de laatste twee, behandelen verschillende aspecten van het schadevergoedings-c.q. aansprakelijkheidsrecht. Het interview met mr C.D. van Boeschoten is uiteraard niet gebonden geweest aan het thema. Wel is het toevallig, dat de eerste publicatie van Van Boeschoten de titel droeg: De Omvang van de Schadevergoeding bij Wanprestatie en bij Onrechtmatige Daad (Advocatenblad 1952, bijlage bij het oktober-nummer). Een artikel overigens dat hij zelf als een jeugdzonde beschouwt, maar daarvoor leze men het interview!

De bundeling van artikelen is, zoals gezegd, opgedragen aan Paul Knol, als aandenken aan een tijd, waarin voor hem begrippen als Pand, Toestemming & Toerekening nog centraal stonden.

De redactie wil mevrouw P.J. Huijbens, afdeling tekstverwerking van de juridische faculteit en de heer A. Kriek, afdeling reproductie van de Rijksuniversiteit te Leiden hartelijk danken voor alle bereidwillige medewerking bij de technische realisering van dit derde BW-krant jaarboek.

De redactie

Leiden, april 1987

INHOUD

Voorwoord	III
Auteurs	VI
Interview mr C.D. van Boeschoten	1
Het regresrecht van de sociale verzekeraar mr A.R. Bloembergen	13
Hoofdelijke aansprakelijkheid van leverancier en kredietgever bij goederenkrediet prof. mr E.H. Hondius	37
Toerekening van schade mr P. Neleman	43
Motorrijtuigaansprakelijkheid, een botsing van belangen prof. mr A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck	55
Beperking van aansprakelijkheid jegens derden mr drs R. Zwitser	83
Wat vragen bij het wetsvoorstel produktenaansprakelijkheid mr C.J.J.M. Stolker	99
In re Charge Card Services Ltd. mr W.A.K. Rank	111
Kanttekeningen bij een opmerkelijke uitspraak mevr. mr L. de Vries-Kalff	135
Causa, schenking en natuurlijke verbintenis W.L. Valk mevr. G. van der Veen	141

DE AUTEURS

Mr A.R. Bloembergen
Raadsheer Hoge Raad der Nederlanden

Prof. mr E.H. Hondius
Hoogleraar privaatrecht RU Utrecht

Mr P. Neleman
Raadsheer Gerechtshof 's-Gravenhage

Prof. mr A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck
Hoogleraar privaatrecht VU Amsterdam

Mr drs R. Zwitser
Universitair hoofddocent privaatrecht Erasmus Universiteit
Rotterdam

Mr C.J.J.M. Stolker
Universitair docent RU Leiden

Mr W.A.K. Rank
Universitair docent RU Leiden

Mevr. mr L. de Vries-Kalff
Bedrijfsjurist bij Unilever NV

Mr W.L. Valk
Mevr. G. van der Veen
Beiden oud-student-assistent RU Leiden

INTERVIEW MR C.D. VAN BOESCHOTEN

"Ik ben maar een practicus". Zo weert mr C.D. van Boeschoten een vraag over de rechtswetenschap af. In de loop van het anderhalf uur durende interview, dat BW-krant redacteuren Alex Geert Castermans en Frits de Vries met de heer van Boeschoten hadden, blijkt wel, dat de theorie bijzonder levendig wordt als een practicus erover vertelt. Hij spreekt behoedzaam over zaken die hij behandelt of heeft behandeld. Toch blijft er zeer veel over uit zijn nu veertigjarige loopbaan als advocaat om een boeiend interview uit samen te stellen: de casuïstiek-praktijk, het internationale privaatrecht en het onderzoeksklimaat aan de universiteiten. Een groot aantal nevenwerkzaamheden van de heer Van Boeschoten, zoals zijn deelneming aan vele zittingen van de Haagse conferentie voor Internationaal Privaatrecht, het voorzitterschap van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht en het dekanaat van de Haagse orde van advocaten, komen niet aan de orde. Wel komt het beeld naar voren van bijzonder hardwerkende advocaat, die een aanzienlijk deel van zijn tijd besteedt aan activiteiten als hier boven genoemd.

I

In 1940 ben ik begonnen met klassieke letteren, maar er waren verschillende redenen om met die studie op te houden. Ten eerste was de Leidse universiteit binnen enkele maanden na mijn aankomst gesloten. Ten tweede was de toenmalige hoogleraar Latijn, weliswaar een groot man in zijn vak, nogal Duitsgezind, wat in die tijd niet animerend werkte. Op de derde plaats was de omgeving mij ook niet helemaal dierbaar, omdat daar nogal wat studenten zo verschrikkelijk tevreden met zichzelf waren. Het trok mij niet aan om in de loop van de jaren als leraar in dit soort van omgeving te verwerven.

Ik ben dus zoals vele juristen een spijt-optant. Hoofdzakelijk negatieve redenen hebben mij tot de rechtenstudie gebracht. Dat was na ongeveer een jaar, in 1941.

Toen was de Leidse universiteit gesloten, zodat de mogelijkheid om colleges te volgen ontbrak. Er waren wel beperkte mogelijkheden om aan een andere universiteit examen te doen. Ik heb mijn kandi-

daats in Groningen gedaan. Ik schreef daarvoor uitvoerige scripties over rechtshistorische onderwerpen. Het fenomeen scriptie was in Leiden onbekend, zeker voor het kandidaats. Ik stuurde ze op naar de Groningse hoogleraar oud-vaderlands recht - Van Meurs. Hij vond het allemaal prachtig. Ik ben alleen in Groningen geweest om tentamens en examens te doen.

In 1947 ben ik in Leiden afgestudeerd, praktisch gesproken heb ik mijn doctoraalstudie na de oorlog gedaan. Ik behoorde tot de generatie die door de oorlog een achterstand in de studie had opgelopen en om die reden betrekkelijk snel wilde afstuderen. Dat verenigde zich niet erg goed met een normaal studiepatroon. Als ik in mijn doctoraal-fase twintig uur college heb gevolgd is het veel. Je zou kunnen zeggen dat ik in zeer grote mate autodidact ben. Het ontbreken van colleges was in zekere zin een verarming. Toch was er nog wel iets van een normaal studentencontact. Een aantal studenten bleef in Leiden wonen. Ik heb zelf de hele oorlog in Leiden een kamer aangehouden en ik ben daar min of meer geregeld nog geweest. Maar een echt studentenleven kun je dat toch niet noemen.

Buiten de directe studie waren er disputen. Ik ben vrij actief lid geweest van de Costumieren en Iuri Sacrum. Ik was een van degenen die leden aan de ziekte dat ze bereid waren voordrachten te houden. Iuri Sacrum had de regel dat je verplicht was één lezing te houden na je doctoraal. Dat heb ik ook gedaan en verschillende keren daarna nog eens. Zodoende ben ik een aantal jaren na mijn doctoraal min of meer actief lid gebleven. Het dispuut stond onder leiding van Meijers en dat was zeer inspirerend.

II

Ik zou misschien aan de universiteit zijn terecht gekomen, als de mogelijkheden voor aanstelling - gesalarieerd - toen hadden bestaan. Die waren er eenvoudig niet. Eigenlijk waren er alleen hoogleraren. De Grooth zei: "Je mag best komen, maar ik weet niet waar ik salaris vandaan moet halen".

Het is denkbaar dat ik dan een proefschrift had geschreven. Met die gedachte heb ik tóch wel gespeeld, maar voor de meeste advocaten is het een onmogelijke combinatie. Ik heb met Fischer nog over een

rechtshistorisch onderwerp gesproken, maar in de praktijk raak je daar steeds verder van af.

III

Na mijn doctoraal ben ik eerst een jaar lang repetitor oud-vaderlands recht geweest en daarna zes jaar advocaat in Amsterdam. Ik zat er op een klein kantoor dat was geconcentreerd op de aanrijdings- en verzekeringspraktijk.

In 1952 schreef de Nederlandse Advocatenvereniging - rechtsvoorganger van de Orde - een opstelwedstrijd uit. Het onderwerp was de omvang van de schadevergoeding. Secretaris van de vereniging De Ranitz zei tegen Bloembergen, junior op zijn kantoor, dat hij aan die prijsvraag moest meedoen. Zo is hij bij de schadevergoeding terecht gekomen. Op de laatste dag van de inzending kwam er nog een inzending en dat was de mijne. Ik heb dat geheel vrijwillig gedaan! Door de praktijk had ik wel enige aanraking met het onderwerp. Dit opstel gaf mij de gelegenheid enig onderzoek in het buitenlandse recht te doen, bijvoorbeeld Engels recht. Ik kwalificeer het altijd als een jeugdzonde.

Bloembergen en ik wonnen de prijs. Veegens reikte de beloning uit.

IV

De Amsterdamse praktijk was mij te beperkt. Ik had altijd een zekere neiging naar de Haagse cassatiepraktijk. Mijn eerste cassatie heb ik vanuit Amsterdam tegen Veegens gepleit. In 1954 kreeg ik de mogelijkheid naar Den Haag over te stappen. Veegens werd mijn kantooroudste.

Ik ben niet zo in de stijl van Veegens opgevoed als mijn kantoorgenoten, omdat ik niet stagiaire ben geweest op zijn kantoor. Ik had al zes jaar praktijkervaring en dan ben je, laten wij zeggen, minder kneedbaar. Je hebt al een soort eigen stijl ontwikkeld.

V

Vóór 1964 moest je alle wetsartikelen die beweerdelijk waren geschon-

den zorgvuldig in je middel aangeven. Een middel kon falen als een essentieel artikel ontbrak. Als het koppelartikel dat de verbinding legt tussen twee bepalingen ontbrak, was het al mis.

Bovendien was de toetsing van de Hoge Raad vroeger zeer precies. Als de stelling in het middel ruimer was dan de Hoge Raad vond, dan kon het te ruim worden verworpen. Als het te eng was, kon het ook verkeerd zijn.

Daardoor ontstond een stijl als die van Blackstone, die ook in zijn laatste jaren als advocaat nog was te herkennen met alle voorbehouden en 'althansens'. Een stijl die in zekere zin lijkt op de dagvaarding uit de 'Markies van Carabas' van Van Vierssen Trip.

In de loop van de jaren is de wijze van beoordelen van de Hoge Raad sterk veranderd. Een variatie is al om te spreken van 'het middel zoals bij pleidooi toegelicht'.

Nu heeft de Hoge Raad aan een vrij dunne kapstok in het middel al genoeg. Hij zegt wel eens: 'Het middel stelt de vraag aan de orde of ...' en dan kan hij soms vrij sterk afwijken van de formulering van het middel. De stijl van het opstellen van een middel verschilt van kantoor tot kantoor. Het bestrijden van die lange middelen is een vermoeiende en vervelende bezigheid. Soms heb je een vergrootglas nodig om het verschil tussen de onderdelen te zien. Een lang middel kan wel eens gerechtvaardigd zijn. Als je eenmaal de ervaring hebt gehad dat je het 25e onderdeel hebt toegevoegd met de gedachte 'je weet nooit hoe een koe een haas vangt' en juist dit onderdeel opgaat nadat de eerste 24 zijn verworpen, dan denk je toch de volgende keer: 'ik laat weer niets weg'.

Bisdom (C.R.C. Wijckerheld Bisdom, red.) schreef daarentegen heel beknopte middelen, die ook wel enigszins cryptisch waren. Hij had daarbij de gedachte dat het niet nodig was de verweerder wijzer te maken dan absoluut onvermijdelijk was. Zo kon het gebeuren dat in het middel een klacht verstopt zat, die de verweerder niet in de gaten had gehad. Later is het bij J.W. Meijer gebeurd, dat de verweerder stelde, dat hij een bepaalde klacht niet in het middel behoefde te lezen en dat de Hoge Raad die klacht daarom buiten behandeling liet.

Martens, als junior op het kantoor van Blackstone, schreef in beginsel Blackstoniaanse middelen, zij het dat hij daarin in de loop der jaren een eigen stijl heeft ontwikkeld. Ik houd de jongeren dat ook altijd voor: het is niet de bedoeling je in de huid van een ander

te wringen, maar je moet je eigen stijl ontwikkelen. Je kan eenvoudig niet schrijven op een manier die de ander van nature afgaat.

Ik zie dan ook niets in een model-cassatiemiddel (zoals H.J. Snijders voorstel in NJB 1986, blz. 513 e.v., red.). Ieder heeft zijn eigen stijl. Je moet je bovendien keren tegen beslissingen die niet uniform van stijl zijn.

Een arrest kan een algemene uiteenzetting van de zaak bevatten, maar kan ook slechts de grieven behandelen. Dat verschil is ook terug te vinden in de middelen: de één vermeldt naast de bezwaren ook de feiten, de ander formuleert alleen de bezwaren.

Het is denkbaar om in een cassatiemiddel de klacht te richten tegen een *bepaalde* rechtsoverweging. Maar dat is lang niet altijd bruikbaar, omdat er vaak een leidende gedachte is die over het hele arrest is verdeeld. Je moet dat dan noodzakelijkerwijs tot uitdrukking brengen.

De Hoge Raad wijst zijn arrest ook niet in uniforme stijl. De aanpak van de arresten is vaak verschillend. Bovendien is er een verschil in schrijfstijl tussen de raadsheren die de concepten maken. Elke nieuwe raadsheer leert het Hogeraads. De Hoge Raad heeft vaste stilistische regels waaraan hij zich wil houden. Toch zijn er verschillen in uitwerking te zien, hoewel het slechts een enkele keer mogelijk is te ontdekken welke raadsheer het concept heeft geschreven.

VI

Ik ben zelf betrokken geweest bij het regelen van het pro formapleidooi. Dubbink en ik hebben het uitgedokterd in de tijd dat ik deken van de orde in Den Haag was. De Hoge Raad had ons een ultimatum gesteld. Als we het niet hadden ingevoerd zou de termijn voor het pleidooi hebben kunnen uitgroeien tot vijf jaar.

Ik maak zelf nog steeds zelden gebruik van het pleidooi oude stijl en volsta dus met schriftelijke toelichting, juist in het besef dat de Hoge Raad het in beginsel liever niet wil. Dat is een factor die je mede verdisconteert. Een enkele keer is er een zaak die ik toch op de oude manier pleit. Als het een enkele keer gebeurt vinden ze het juist ook wel aardig. Een tijdje geleden deed ik het voor de Derde Kamer, in een jaarrekeningzaak tussen Slavenburgs Bank en Sobi (HR

26 juni 1985, NJ 1986, 243 m.nt. MA, red.) Oude stijl. Achteraf heb ik van de raadsheren gehoord dat ze het leuk hebben gevonden.

Door de ontwikkeling van het pro formapleidooi (nu schriftelijke toelichting volgens art. 408a Rv.) is wel een heleboel van de aardigheid van de cassatiepraktijk verloren gegaan. Nu is het een soort machine geworden. Je gooit er een stuk papier in en er komt arrest uit. Het mondeling pleidooi is natuurlijk vervelender om aan te horen naar mate aan zaak technischer is. Maar er zijn altijd een aantal aardige zaken. Het had een enorme charme.

Vroeger was de cassatiepraktijk bovendien gezelliger. Er was een vrij gering aantal mensen die het geregeld deden en die kwamen elkaar dan ook geregeld bij de Hoge Raad tegen. Als we hadden gepleit, gingen we een kopje koffie drinken en dan kon je dingen over de zaak zeggen die je in de stukken niet terug vindt. Daarin was de een voorzichtiger dan de ander. Vaak kwam dan de werkelijke visie op de kans van slagen boven water. Ik herinner mij een zaak die ik tegen Bisdom heb gepleit. Hij zei achteraf: "wat een onzin hè?".

VII

Verkondigde u dan wel eens een mening waar u juridisch gezien niet achterstond?

U bent geen advocaat en u weet dus niet hoe het gaat met een advocaat. Als hij pleit denkt hij altijd dat hij gelijk heeft. Daarvóór heeft hij allerlei voorbehouden en daarna weer opnieuw. Maar als hij pleit ...

Hierin zit wel één van de bezwaren van het pro formapleidooi, de schriftelijke toelichting. Papier is geduldíg. Er is nu een rem verdwenen: dat iemand daar moet gaan staan en zeggen wat hij vindt ... dat hij de heren moet aankijken die daar zitten met een blik van 'meent u dat nou?!

De advocaat moet iedere keer een ander standpunt verdedigen. Dat is zijn benadering van juridieke problemen. Er zijn issues waar je hele strong feelings over hebt, maar dat is toch betrekkelijk uitzonderlijk.

Je moet in cassatie ook wel eens enigszins tegen heug en meug inschrijven, maar het komt zelden over de grens waar je zegt: "ik

kan dit niet meer verdedigen". Het voortdurend wisselen van standpunt heb je nu eenmaal in de praktijk en dat verhindert, behalve dat je vastroest, dat je hele sterke opvattingen over de wenselijkheid van de ene of andere oplossing krijgt. Het beroep werk in zekere zin formerend en deformerend.

VIII

Wat vindt u van het Nieuw BW?

U begrijpt dat het praktisch gesproken bijna ondenkbaar is dat het niet wordt ingevoerd.

Wij hebben er op kantoor wel discussie over gevoerd. Het Nieuw BW is al veel te ver gegaan in perfectionisme. Ze hadden beter kunnen volstaan met globale rechtsregels die wederom door de rechtspraak moeten worden aangevuld. Wij zijn niet zo vast overtuigd dat het Nieuw BW een verbetering is.

Het is bij wijze van spreken al wet

Jawel, maar dat is niet zo verwonderlijk vanwege de personele unie is er een directe wisselwerking tussen de Hoge Raad en het Nieuw BW.

Van uitleg van Snijders in de parlementaire geschiedenis over arresten van de Hoge Raad zou je kunnen zeggen dat die een zeker gezag heeft. Het is een persoonlijke beschouwing van één van de raadsheren en geeft niet altijd de vaste opvatting binnen de Hoge Raad weer.

Vroeger was het Taverne die de (straf-)arresten die hij zelf mede gewezen had, annoteerde. De Hoge Raad in gewijzigde samenstelling hoeft zich natuurlijk niet bij de gepubliceerde opvatting aan te sluiten. Voor de Hoge Raad is een arrest van tien jaar geleden een arrest dat door vreemde heren is gewezen. Dat is de Hoge Raad, dat zijn zij niet.

IX

Ik heb altijd gevonden dat je duidelijk onderscheid moet maken tussen

wat je als advocaat doet en wat je als wetenschappelijk of pseudo-wetenschappelijk auteur doet. Het schrijven van een preadvies hoort tot de laatste categorie.

Je moet zorgvuldig vermijden dat je die twee dingen met elkaar vermengt. Zo heb ik steeds geweigerd met te laten verleiden tot enige voordracht over de Rijnprocedure. Als advocaat van de Franse kalimijnen ben ik niet geschikt om hierover wetenschappelijke beschouwingen te houden.

Ik kan mij voorstellen dat er omstandigheden zijn waarin een advocaat zegt: "Hierover schrijf ik liever niet, omdat ik er in de praktijk last van kan krijgen als ik een uitgesproken opinie opschrijf". Schrijven is voor een advocaat altijd een beetje gevaarlijk, want bij de eerstvolgende gelegenheid wordt hij tegen zichzelf geciteerd. Bij mij heeft dit bij een verzoek om iets te schrijven overigens nooit een rol gespeeld.

Ten aanzien van de ipr-aspecten van de internationale koopverdragen, waarover ik in 1966 een preadvies heb geschreven voor de Vereniging Handelsrecht, had ik wel een heel uitgesproken mening. Hoewel ik ook ipr-zaken behandelde, had ik als advocaat op een andere manier met het ipr te maken. Meestal is het ipr-probleem slechts een onderdeel in de zaak, niet altijd van beslissende betekenis.

X

Als ik het mij wel herinner was mijn eerste aanraking met het ipr een rapport over het Benelux-Executieverdrag dat ik in het begin van de jaren zestig op verzoek van Van Rijckevorsel heb geschreven.

In het preadvies heb ik de ipr-aspecten van het koopverdrag belicht. Het verdrag was door Unidroit in Rome geïnspireerd. Dit instituut had de zowel stoutmoedige als enigszins onberaden gedachte het hele internationale privaatrecht buiten de deur te zetten en de rechter die over internationale kooptransacties moest oordelen, op te dragen deze koopverdragen toe te passen, no matter wat in dit geval de uit het ipr voortvloeiende verwijzingsregel zou zijn.

Ik denk dat het één van de oorzaken is dat het succes van de verdragen relatief gering is geweest. Uiteindelijk hebben maar negen

staten de verdragen geratificeerd en dat betekent dat het als uniformitepoging is mislukt.

Hieruit is één van de grote ruzies uit ons rechtsleven voortgekomen. Aan de ene kant waren er de Nederlandse voorstanders van het uniforme verdrag, dat onder leiding van Nederlandse juristen in 1964 tot stand gekomen is: Van der Feltz, voorzitter van de conferentie en Scheffer, van het Ministerie van Justitie.

Aan de andere kant waren er de beoefenaars van het internationaal privaatrecht, met name Kollwijn en De Winter. Zij waren reuze boos.

Bij de behandeling van de preadviezen waren de heren scherp verdeeld. Scheffer kon geen woord van kritiek op het verdrag velen. Er zijn tamelijk boze stukken geschreven in het Juristenblad. Zelf ben ik niet zo'n ruziemaker maar ik had er wel uitgesproken ideeën over.

XI

Zodra de Nederlandse rechter vreemd recht moet toepassen, past hij dat meestal onvermijdelijk verkeerd toe. Het Internationaal Juridisch Instituut (waarvan Van Boeschoten directeur is geweest, red.) voorkomt de ergste vergissingen. De hoofdtaak van het instituut bestaat in het rapporteren over buitenlands en internationaal recht aan onder meer de Nederlandse rechterlijke macht, de advocatuur, het notariaat en het bedrijfsleven. Deze rechtstreekse rapportering door het IJI werkt meestal sneller dan het vragen van inlichtingen over buitenlands rechts aan het betreffende land zelf via het stelsel van de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht. Daarom is het verdrag praktisch een dode letter gebleven. Een enkele keer is het ministerie van justitie gevraagd voorlichting te verschaffen over Nederlands recht. Het ministerie schakelt dan het IJI in, wat in zekere zin een oneigenlijke taak is, omdat het instituut er is om over buitenlands en internationaal recht te rapporteren. Overigens kan noch het ministerie van justitie noch het IJI een authentieke uitleg geven omtrent niet door het hoogste rechtscollege besliste vragen van nationaal recht. Een rapport van het IJI zou dan de volgende mededeling moeten bevatten: de één vindt zus, de ander zo; u zoekt het maar uit, wij weten het ook niet.

XII

Er zijn fameuze voorbeelden van het verkeerd toepassen van vreemd recht door de Nederlandse rechter. Lang geleden zijn overal in de wereld processen gevoerd over de opvolging van het Bata-concern en over de uitleg van het testament van Thomas Bata, dat door Tjechisch recht werd beheerst. Na ampele voorlichting heeft de Nederlandse rechter kans gezien dat testament anders te interpreteren dan overal elders in de wereld.

Zo'n beslissing kan in cassatie niet worden gecorrigeerd. Ten eerste heeft de cassatie-praktijk natuurlijk haar beperkingen. Ten tweede denk ik dat het voor de Hoge Raad een onmogelijke opgave is een beslissing over vreemd recht te geven. De Hoge Raad zal daar ook voor terugschrikken. Het gezag dat aan de cassatierechtspraak eigen is, kan je niet claimen ten aanzien van beslissingen over vreemd recht.

Een mogelijke oplossing is dat de Hoge Raad alleen corrigeert in die zaken waar de toepassing van vreemd recht evident onjuist is. Deze oplossing vind je in andere rechtsstelsels wel. Dit lijkt op de toetsing in cassatie van de uitleg van overeenkomsten aan de hand van een motiveringsklacht. De Hoge Raad zegt soms dat wat de Rechtbank of het Hof in een overeenkomst heeft gelezen, redelijkerwijs niet de betekenis van de overeenkomst zal zijn. Dit is ook een marginale toetsing.

XIII

Over de rechtswetenschap ...

Ik ben maar een practicus!

... U bent lid van de Verkeningscommissie Rechtsgeleerdheid in het kader taakverdeling en concentratie wetenschappelijk onderwijs.

Dat is één van de domste beslissingen die ik in mijn leven heb genomen.

Er is veel vergaderd ...

Daarom juist! Ik heb de vereiste tijdsbesteding nog meer onderschat, dan men meestal toch al doet als men voor een commissie of bestuur gevraagd wordt.

XIV

Er zou meer aan rechtsvergelijking moeten worden gedaan. Hier en daar vind ik onze rechtswetenschap een beetje provincialistisch. Er wordt een heleboel geschreven over betrekkelijk lokale kwesties en als je dat vergelijkt met de grote artikelen van Meijers, heeft dat niet altijd hetzelfde niveau. Deze kritiek geldt niet alleen de universiteiten, maar ook de juridisch wetenschappelijke productie zoals die zich in boekvorm manifesteert.

Wat dat laatste betreft zoek ik de schuld in de eerste plaats bij de uitgevers. Er is een algemene tendens tot veel schrijven. Er verschijnen publicaties over hetzelfde onderwerp op allerlei niveaus, van het laagste tot het hoogste, terwijl men eigenlijk aan het bovenste boek genoeg heeft. Het stimuleert het schrijven, ook over zaken die nog niet geheel gerijpt zijn.

Daarbij voegt zich de pressie waaronder het wetenschappelijk personeel staat. Vroeger was het meer zo dat iemand schreef omdat hij daartoe grote innerlijke drang werd bewogen. Tegenwoordig heeft men een baan die meebrengt dat schrijven moet. Het is één van zijn verplichtingen. Het is de vraag wat tot de beste resultaten leidt.

Het ligt moeilijk. Op de universiteit vraagt men zich natuurlijk wel eens af wat iemand nu eigenlijk doet. Met een verplichting om te publiceren kun je wel in zekere mate de vinger aan de pols houden.

Dankt u uw internationale oriëntatie aan uw talenkennis? U citeert uit Italiaanse bronnen.

Dat is voor mijn generatie niet zo bijzonder. Aan sommige jongeren op mijn kantoor moet ik niet vragen om iets in het Frans op te zoeken, want dat levert onoverkomelijke problemen op. Maar in mijn tijd was dat niet zo, althans wat de passieve taalkennis betreft. Voor de

actieve beheersing van een taal hing het erg af, behalve van natuurlijke aanleg, van het onderwijs dat je op een gymnasium of lyceum gekregen had. Bij mij op school was het zo dat je wel een moeilijk filosofisch stuk uit het Frans kon vertalen maar dat je er niet op uitgestuurd moest worden om een doosje lucifers te kopen.

HET REGRESRECHT VAN DE SOCIALE VERZEKERAAR

mr A.R. Bloembergen

I. Inleiding

Wat mij betreft is het allemaal in de zestiger jaren begonnen. Toen heb ik in mijn dissertatie Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Utrecht 1965, nrs. 250-256, de stelling verdedigd dat de regresrechten van de sociale verzekeraars (waaronder ik toen ook de volksverzekeringen begreep) behoorden te worden afgeschaft.

Met mijn pleidooi heb ik aanvankelijk veel succes gehad. Niet alleen kreeg ik in de doctrine bijval, o.m. van een geharnast verdediger van de belangen van verzekeraars als H.A. Bongers (Preadvis NJV 1967, blz. 220 e.v.), maar ook kreeg ik gehoor bij de wetgever. In een ontwerp voor een Algemene Wet Zware Geneeskundige Risico's - uiteindelijk werd dit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten - was aanvankelijk een verhaalsrecht opgenomen, maar na een boutade mijnerzijds in het Sociaal Maandblad Arbeid (SMA 1966, blz. 328) deelt Minister Veldkamp in zijn Memorie van Antwoord (Tweede Kamer, zitting 1965-1966, 8457, nr. 4, blz. 16) mede dat hij door mijn argumentatie is overtuigd en dat hij het verhaalsrecht alsnog schrapt. In de nadien tot stand gekomen Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AWW) is deze lijn doorgetrokken en is evenmin een verhaalsrecht opgenomen.

Aldus ontstond er een in mijn ogen moeilijk verklaarbare discrepantie tussen enerzijds de volksverzekeringen zonder verhaalsrecht en anderzijds de sociale verzekeringen (met name Ziektewet, WAO en Ziekenfondswet) met een verhaalsrecht. Deze situatie is tot op de dag van vandaag bestendigd. Helaas ontbreekt mij nu de tijd en ruimte om op de volksverzekeringen en daarmee op de discrepantie in te gaan.

Het nieuwe BW continueert in beginsel de bestaande situatie, maar het vijfde gedeelte van de Invoeringswet beoogt een belangrijke noviteit te brengen. Voorgesteld wordt aan titel 6.3 toe te voegen een nieuwe afdeling 5, met het opschrift Tijdelijke regeling verhaalsrechten, waarin in één artikel 6.3.5.1 - kort gezegd - de verhaalsrechten worden bevroren op het huidige peil. Of in andere woorden: het

voorstel brengt mede dat de sociale verzekeraars (en de overheid op grond van de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren, VOA) geen beroep kunnen doen op de risicoaansprakelijkheden die het nieuwe BW introduceert.

Op zichzelf past dit in mijn straatje, want het voorstel leidt ertoe dat de regresrechten in ieder geval niet verder worden uitgezet. Maar ik blijf ontevreden, want het voorstel brengt mede dat de afschaffing van de regresrechten achter de horizon verdwijnt. Toen dit in het najaar van 1985 goed tot mij doordrong en de mondelinge behandeling van dit gedeelte van de Invoeringswet op handen leek te zijn, heb ik iets gedaan wat ik tevoren nog nooit had gedaan en wat ik waarschijnlijk nooit meer zal doen: ik heb mij in een adres tot de Tweede Kamer gericht teneinde aandacht te vragen voor de afschaffing van de regresrechten. Vervolgens is in het Eindverslag van 14 januari 1986 (vergaderjaar 1985-1986, 17541, nr. 10, blz. 8 e.v.) ampel aandacht besteed aan dit adres, waarop de Minister - alias Regeringscommissaris Snijders - reageert in de Nota naar aanleiding van het eindverslag van 27 januari 1986 (nr. 11, blz. 11 e.v.). Daarna is er tot het tijdstip waarop ik deze regels schrijf (eind december 1986) mede door de perikelen met het nieuwe BW niets meer gebeurd, behoudens de indiening van een hierna onder IV, 9 te bespreken amendement.

De redactie van het BW-krant jaarboek heeft mij gevraagd of zij mijn adres mocht publiceren. Ik heb daarin toegestemd onder voorwaarde dat ik een naschrift zou mogen schrijven bij de ministeriële Nota, hetgeen is aanvaard. Voorts leek het tot goed begrip van mijn naschrift wenselijk het belangrijkste stuk van de Nota (met een mijnerzijds toegevoegde nummering) over te nemen. En zo treft de lezer hier achtereenvolgens aan:

II. Adres;

III. Nota naar aanleiding van het eindverslag ad artikel 6.3.5.1, nr. 1 en 2;

IV. Mijn naschrift, getiteld Het einde van het verhaal.

Ter afsluiting van deze inleiding nog één opmerking. In mijn Adres en ook in de Nota wordt ook gesproken over de met de afschaffing van de regresrechten enigszins samenhangende voorstellen van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, die nu door de Minister in de diepvrieskist zijn gezet. Deze voorstellen laat ik nu rusten, niet

omdat dat gedeelte van de Nota niet van misvattingen blijf zou geven, maar opnieuw omdat tijd en ruimte mij nu ontbreken om ook dit te bespreken.

II. Adres

*Aan de vaste Commissie voor
justitie van de Tweede Kamer*

*Betreft: Memorie van antwoord Invoeringswet
Boeken 3, 5 en 6 van het nieuw Burgerlijk Wetboek (vijfde gedeelte).*

1. Hierbij vraag ik uw aandacht voor enige kanttekeningen bij de memorie van antwoord op artikel 6.3.5.1 (vergaderjaar 1984-1985, 17541, nr. 8), waar wordt gesproken over de regresrechten van sociale verzekeraars en in samenhang daarmee over de voorstellen van de studiegroep Verkeersaansprakelijkheid.

Ik meen met enig gezag over deze onderwerpen te kunnen spreken, omdat ik mij daarmee de afgelopen twintig jaar intensief heb bezig gehouden, waarvan een groot aantal publicaties getuigenis aflegt.

Hoewel de literatuur over beide onderwerpen zeer omvangrijk is, zal ik - gezien de u en mij toegemeten tijd - de grootst mogelijke korthed betrachten. Met name zal ik mij van theoretische bespiegelingen onthouden.

2. Misschien is het goed eerst in herinnering te roepen waarom afschaffing van de regresrechten van sociale verzekeraars (daaronder begrepen dat van de overheid op grond van de Verhaalswet Ongevalen Ambtenaren) uitermate wenselijk is.

In feite wordt het regres niet uitgeoefend tegen de aansprakelijke persoon zelf, maar tegen diens aansprakelijkheidsverzekeraar. Het is dus een gebeuren tussen organisaties - enerzijds het orgaan van de sociale verzekering en anderzijds de aansprakelijkheidsverzekeraar -, maar wel op basis van een individueel geval in dier voege dat per ongeval hetzij in hetzij buiten rechte regres wordt genomen.

Nu behoeft het weinig betoog dat deze individuele wijze van schadeafwikkeling uitermate kostbaar is (en bovendien onnodig nu het

toch om organisaties gaat). De perceptiekosten van de sociale verzekeraar kan men waarschijnlijk stellen op 10 à 20 percent van het verhaalde bedrag. Aan de kant van de aansprakelijkheidsverzekeraar bedragen de kosten (inclusief winstonslag) over het algemeen 35 à 45 percent van het bedrag dat hij als premie van zijn verzekerde ontvangt. Dit betekent ruwweg dat als de sociale verzekeraar netto f 850,-- ontvangt (bruto f 1.000,--) hiervoor door het collectief van potentiële schadeveroorzakers f 1.800,-- premie is betaald. Dit lijkt op zichzelf al prohibitief, maar daarbij komen nog de maatschappelijke kosten die bepaald niet te verwaarlozen zijn. Zo is bekend dat het bij ongeveer tweederde van de vaak ingewikkelde procedures over persoonschade om regresacties van sociale verzekeraars gaat, procedures die een extra belasting voor het rechterlijk apparaat opleveren.

Daar komt nog bij dat het hele regres goeddeels een vestzakbroekzak operatie is, want wie brengen de premies voor de aansprakelijkheidsverzekeringen op? Nu het regres meestal verkeersongevallen betreft worden de premies grotendeels opgebracht door het gemotoriseerde verkeer, derhalve door bedrijven en particuliere bezitters van motorvoertuigen, dus - nu het bezit van motorvoertuigen zo gespreid is - door het overgrote deel van het Nederlandse volk. En wie profiteren van het regres? Degenen die de premies voor de sociale verzekeringen opbrengen, derhalve werkgevers en werknemers, dus opnieuw het overgrote deel van het Nederlandse volk. Kortom, het regres zoals het thans is en zoals het bestendig dreigt te worden in afdeling 6.3.5, is een uitermate kostbare en nutteloze vestzakbroekzak operatie.

3. Reeds twintig jaar geleden ben ik voornamelijk op deze economische gronden tot de slotsom gekomen dat de regresrechten moeten worden afgeschaft. Dat het nog niet daarvan is gekomen, kan ik alleen maar verklaren uit de wet van de traagheid en uit de omstandigheid dat de hoofdrospelers in het regressysteem - die waarschijnlijk ook ruimschoots vertegenwoordigd waren in de werkgroep die hier de Minister van Justitie heeft geadviseerd - belang hebben bij behoud van dit systeem. Wat betreft de sociale verzekeraars lijkt dat evident (al zou men kunnen betogen dat zij de eigen belangen te beperkt zien); ik kom er hierna op terug. Wat betreft de aansprakelijkheidsverzekeraars ligt het minder voor de hand, maar wordt het eigen belang bij enig doordenken ook zichtbaar.

De bedragen die de aansprakelijkheidsverzekeraars op grond van de regresrechten betalen, berekenen zij door in hun premies. Aldus vergroten deze bedragen hun omzet en zij kunnen hun winstopslag over deze vergrote omzet berekenen; verder maken zij rentewinst over deze bedragen (die veel eerder als premie binnenkomen dan zij worden uitbetaald).

Het komt er dus op neer dat de maatschappelijke instituties die binnen het verhaalssysteem opereren op grond van de eigen belangen niet voor afschaffing zijn, terwijl die afschaffing vanuit het algemeen belang gezien, gelet op de hoge en eigenlijk nutteloze kosten, in hoge mate wenselijk is. In zo'n situatie lijkt het mij bij uitstek de taak van het parlement om in het algemeen belang in zo'n systeem zonder ingebouwde remmen in te grijpen.

4. In de memorie van antwoord (blz. 60/61) wordt gesteld dat een belangrijke oorzaak dat het nog niet tot een oplossing van het probleem van de verbaalsrechten is gekomen, hierin is gelegen dat deze rechten "nu eenmaal tot een niet onbelangrijke geldstroom hebben geleid, waarop de praktijk van bijv. de financiering van de sociale verzekering is afgestemd en die zich derhalve niet zonder aanvaardbare vervangende voorzieningen laat beëindigen", waarbij dan in een noot wordt verteld dat er in 1983 in totaal ongeveer honderdmiljoen gulden is verhaald.

Hierbij past direct al de kanttekening dat honderdmiljoen veel lijkt, maar het niet is als men het afzet tegen de miljardenomzet van de sociale verzekeraars. Ik neem als voorbeeld de ziekenfondsen (voor de andere regresrechten is een overeenkomstig verhaal te houden). Deze hebben blijkens genoemde noot in 1983 voor veertig miljoen verhaald. Maar hun premie-ontvangsten bedroegen in 1983 ongeveer 13 miljard (Bron: statistisch zakboek 1985, tabel V, 30). Het verhaalde bedrag bedroeg derhalve drie promille van de premie-ontvangsten (die ongeveer tien percent van het premieplichtig loon bedragen). Een premieverhoging van drie promille (eigenlijk nog 10 à 20 percent minder, want de perceptiekosten vallen weg) zou dus voldoende zijn om het wegvallen van de verhaalsrechten op te vangen. En drie promille betekent bij een premieplichtig jaarloon van f 30.000,-- een `tientje per jaar voor werkgever en werknemer tezamen!

Ik begrijp niet en heb ook eigenlijk nooit argumenten gehoord waarom een dergelijke luttele premieverhoging niet mogelijk zou zijn, waarbij te bedenken valt dat de premies toch al van jaar tot jaar worden bijgesteld. Bovendien brengt het hiervoor onder 2 gezegde mede dat tegenover deze premieverhoging een veel grotere premieverlaging van de aansprakelijkheidsverzekeraars zou kunnen staan. Per saldo zou er dus voor het overgrote deel van de bedrijven en particulieren een voordeel kunnen ontstaan.

5. Ik ga er nu even veronderstellenderwijze vanuit dat het onder 3 gestelde om welke reden dan ook vooralsnog niet te realiseren is en dat de sociale verzekeraars vergoedingen moeten ontvangen van de (verzekeraars van de) schadeveroorzakers. Zoals gezegd gebeurt dat nu per individueel ongeval en juist dat maakt het regres zo kostbaar.

Het zou naar mijn mening mogelijk zijn dit regres - in ieder geval voor zover het gaat om verkeersongevallen - te collectivieren. Dit zou wat betreft het gemotoriseerde verkeer - veruit de grootste groep schadeveroorzakers - kunnen door de aansprakelijkheidsverzekeraars van motorrijtuigen op jaarbasis te laten afrekenen met de sociale verzekeraars en wel in die voege dat deze aansprakelijkheidsverzekeraars jaarlijks een bedrag, dat berekend wordt op basis van het aantal en aard van de door hen verzekerde motorrijtuigen, bijdragen aan de fondsen waaruit de sociale verzekeringen worden gefinancierd. Hier zou art. 24 Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen model kunnen staan, waarin een stortingsplicht ten behoeve van het Waarborgfonds Motorverkeer is voorzien. Een soortgelijk resultaat zou bereikt kunnen worden door invoering van een heffing voor dit doel in aansluiting op de motorrijtuigenbelasting en/of op de accijns op motorbrandstof. Art. 132 van de Wet op de geluidshinder en de daarop gebaseerde uitvoeringsmaatregelen zouden bij deze aanpak model kunnen staan. Het behoeft geen betoog dat zowel bij de ene als bij de andere aanpak tegenover de lastenverzwaring als gevolg van evenbedoelde maatregelen weer een grotere premieverlaging van de aansprakelijkheidsverzekeraars kan staan.

Deze collectivering heeft in vergelijking met het bestaande stelsel het grote voordeel dat de aanzienlijke kosten van de individuele afwikkeling verdwijnen: de sociale verzekeraars hebben vrijwel geen perceptiekosten meer, terwijl de kosten van de individuele schadeafwikkeling aan de kant van de aansprakelijkheidsverzekeraars ook

wegvallen. Aan de andere kant wordt - anders dan bij afschaffing van het regres zonder meer - bereikt dat de schadeveroorzakers blijven opkomen voor een deel van de kosten van de sociale verzekering.

Persoonlijk blijf ik de onder 4 voorgestelde oplossing prefereren, maar als dat niet bereikbaar is, is hetgeen hier is gezegd een goed alternatief.

6. Op blz. 61, tweede volle alinea, komt de memorie tot de conclusie dat het stelsel van art. 6.3.5.1 "pas enige tijd na de invoering van Boek 6 opnieuw aan de orde zal kunnen komen", want eerst dan is meer inzicht verkregen in de werking van het nieuwe aansprakelijkheidsrecht.

Wanneer is "pas enige tijd na de invoering?" Mijn taxatie is dat dat omstreeks de eeuwwisseling zal zijn. Het nieuwe wetboek zal hopelijk omstreeks 1990 worden ingevoerd. Het nieuwe aansprakelijkheidsrecht zal van toepassing zijn op ongevallen die nadien plaats vinden. Rechterlijke uitspraken in eerste instantie zullen op zijn vroegst enige jaren later worden gedaan; uitspraken van de Hoge Raad over het nieuwe aansprakelijkheidsrecht zullen er naar alle waarschijnlijkheid niet voor het midden van de jaren negentig zijn. Eerst daarna zal in de gedachtengang van de memorie de discussie over de verhaalsrechten kunnen worden voortgezet.

Ik ben van oordeel dat dit perspectief onaanvaardbaar is en dat de Kamer zich hier niet bij neer moet leggen. Ik kan niet inzien dat de wetgever niet nu de discussie over de hiervoor genoemde alternatieve stelsels zou kunnen afronden.

7. Ik stap nu over van de regresrechten van de sociale verzekeraars naar de voorstellen van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid.

De memorie (blz. 62) deelt mede dat is besloten niet verder te werken aan de voorbereiding van wetsvoorstellen op het terrein van de personenschade ter uitvoering van de voorstellen van de Studiegroep. Als reden wordt aangevoerd dat afschaffing van de regresrechten niet binnen afzienbare tijd mag worden verwacht en dat zonder die afschaffing realisering van de voorstellen van de Studiegroep tot onaanvaardbare verzwaring van de premie voor de motorrijtuigenverzekering zou leiden.

Uit wat ik hiervoor heb gezegd vloeit voort dat afschaffing van de regresrechten, als de politieke wil daartoe bij de Kamer aanwezig is, best binnen afzienbare tijd - bijvoorbeeld bij de invoering van het nieuwe BW - te realiseren is. De eerste schakel in de redenering is dus niet houdbaar.

Maar ook los daarvan is de redenering van de memorie zwak en onaanvaardbaar. De Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid ging er vanuit dat alle verkeersslachtoffers volledige vergoeding van hun schade zouden moeten krijgen; mede daarom wordt het stelsel zo duur. In mijn bespreking van het rapport in het Nederlands Juristenblad (1978, blz. 693 e.v., i.h.b. nrs. 12 en 16) heb ik betoogd dat dit uitgangspunt onvoldoende onderbouwd en onjuist is. Voor mijn argumentatie verwijs ik korthedshalve naar deze publicatie.

Tegen deze achtergrond gaat het niet aan nu zonder enige verdere toelichting het uitgangspunt van de Studiegroep over te nemen en vervolgens het door haar uitgebrachte rapport in de diepvries te zetten. Op basis van onder meer hetgeen door mij is betoogd, zou kunnen worden onderzocht of er een weliswaar geen volledige vergoeding biedend, maar niettemin voor de slachtoffers aanvaardbaar stelsel van verkeersverzekering tegen een aanvaardbare premie te realiseren is. Ik zie vooralsnog niet in dat zulks in ons land niet zou kunnen, terwijl dat in andere vergelijkbare landen wel kan.

Er kan derhalve best verder worden gewerkt aan vervanging van het bestaande stelsel. Dat zou bepaald ook een goede zaak zijn. In het begin van de zeventiger jaren heb ik samen met anderen een onderzoek onder verkeersslachtoffers gedaan (A.R. Bloembergen en P.J.M. van Wersch, Verkeersslachtoffers en hun schade, Deventer 1973; zie vooral de slotbeschouwing in Hoofdstuk 15). De uitkomst van dat onderzoek was ongunstig voor het toen en ook thans nog bestaande stelsel: de hoofddoelstelling, bescherming van slachtoffers wordt slechts in beperkte mate gerealiseerd (vooral omdat een kwart van de slachtoffers, zij die zelf schuld hebben, helemaal niets krijgen); de wijze waarop het stelsel verder functioneert is onbevredigend; en het stelsel heeft schadelijke neveneffecten. Ik denk dat er aan deze ongunstige situatie nog niet veel veranderd is. De Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid heeft haar trouwens ook gesignaleerd en ook in het buitenland is men dikwijls tot overeenkomstige conclusies gekomen (vandaar de wereldwijde discussies over no-faultsystemen). Bij deze stand van zaken is het vooral met het oog op de

positie van de verkeersslachtoffers volstrekt onaanvaardbaar dat de memorie nu het debat over de vervanging van het bestaande stelsel met een paar weinig zeggende zinnnetjes tot omstreeks de eeuwwisseling verdaagt. Het komt mij voor dat de Kamer dit niet kan accepteren.

8. Tenslotte nog een enkel woord over de slotopmerking van de memorie over de zaakschade. In verband met de invoering van een stelsel van vereenvoudigde schaderegeling door de assuradeuren in de zeventiger jaren zou er nu "gerede twijfel" bestaan aan de noodzaak tot invoering van een wettelijk systeem als door de Studiegroep is voorgesteld.

Deze losse, niet nader toegelichte opmerking, die uiteraard het kader van art. 6.3.5.1 geheel te buiten gaat, doet merkwaardig aan. Klaarblijkelijk doelt de memorie hier op de overeenkomst omtrent vereenvoudigde schaderegeling (O.V.S.) die in de zeventiger jaren tussen een groot aantal assuradeuren tot stand is gekomen. Maar deze overeenkomst heeft de Studiegroep in haar beschouwingen betrokken en zij is niettemin tot de conclusie gekomen dat er iets moest gebeuren. Waarom kan dat nu opeens betwijfeld worden?

9. Al het vorenstaande kan aldus worden samengevat:

- De Kamer moet zich sterk maken voor afschaffing van de regresrechten van de sociale verzekeraars, tegelijk met de invoering van het nieuwe BW.
- De Kamer moet derhalve de voorgestelde Afdeling 6.3.5. niet aannemen.
- De Kamer moet zich niet neerleggen bij het diepvriezen van de voorstellen van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid.

10. Ik hoop met het vorenstaande mijn standpunt voldoende te hebben toegelicht. Tot nadere schriftelijke of mondelinge toelichting ben ik uiteraard bereid.

Wassenaar, november 1985
w.g. A.R. Bloembergen

III. Nota naar aanleiding van het eindverslag

Artikel 6.3.5.1

(1.1) Voor een goed begrip van het adres van Bloembergen moet worden vooropgesteld dat de wenselijkheid van het op ruime schaal toekennen van regresrechten aan sociale en particuliere verzekeraars en aan de overheid op grond van de VOA reeds lange tijd omstreden is en dat bij het werk aan afdeling 6.3.2, zoals deze bij vaststellingswet is tot stand gekomen, uitgangspunt is geweest dat de daarin opgenomen risicoaansprakelijkheden zich niet laten verenigen met een onbeperkte doorwerking daarvan ook in de regresrechten, doch dat integendeel op zijn minst een substantiële beperking daarvan of een vervanging door een eenvoudiger stelsel overweging verdient.

(1.2) Vooral onder de invloed van de noodzaak tot bezuiniging en de daarmee verband houdende ontwikkelingen ter zake van de herziening van het stelsel van sociale zekerheid, is het echter niet mogelijk gebleken om tegelijk met de inwerkingtreding van Boek 6 ook de onderhavige problematiek definitief op te lossen. Gekozen is daarom voor een interim-regeling die ertoe strekt het vinden van een zodanige oplossing, zodra een situatie is ontstaan waarin hervatting van de pogingen daartoe zin heeft, zo min mogelijk te bemoeilijken.

(1.3) Bloembergen die zich - zoals hij schrijft sedert twintig jaren - een fel voorstander van algehele afschaffing van regresrechten en trouwens ook van aansprakelijkheid heeft betoond, is begrijpelijkerwijs door deze gang van zaken teleurgesteld en meent dat er redenen zijn om thans een beslissing op het door hem gewenste punt te forceren.

(1.4) Bij de beoordeling van zijn betoog dat de regresrechten tegelijk met de inwerkingtreding van Boek 6 kunnen worden afgeschaft, is verder van belang dat daarin wel enige cijfers worden vermeld, maar niet wordt aangegeven waarop deze berusten, terwijl ook verder een voorstelling van zaken wordt gegeven die in zijn simpelheid niet met de werkelijkheid overeenstemt.

(1.5) Zo is zonder nadere toelichting niet begrijpelijk dat door het "collectief van potentiële schadeveroorzakers f 1800 aan premie zal zijn betaald, indien de sociale verzekeraar netto f 850 ontvangt". Deze conclusie wordt getrokken uit een verband dat wordt gelegd tussen enerzijds de "kosten" van particuliere aansprakelijkheidsverzekeraars, waarmee kennelijk wordt bedoeld op het totale geïnde premiebedrag, verminderd met de uitkeringen aan degenen jegens wie de verzekerde aansprakelijk was, en anderzijds de kosten van de sociale verzekeraars bij de inning van de hun toekomende regresvorderingen, waarbij wordt uitgegaan van een "waarschijnlijk" percentage van 10 of 20 procent. Bij de werkzaamheden van de werkgroep die de interim-regeling van artikel 6.3.5.1 heeft voorbereid is echter gebleken dat enigszins nauwkeurige cijfermatige gegevens betreffende dergelijke kosten en ook van de maatschappelijke kosten die van de regresvorderingen het gevolg zijn, moeilijk zijn vast te stellen, maar, uitgaande van de toen gemaakte schattingen, lager uitvallen dan in het adres en in een deel van de vaak mede op Amerikaanse gegevens gebaseerde literatuur wordt aangegeven. Zo werden van de zijde van het GAK - waarin de administratie van een aantal bedrijfsverenigingen is samengebracht - de perceptiekosten ter zake van het regres op ongeveer 5% geschat. Daarmee is in overeenstemming dat toen van de afschaffing van de regresrechten ook geen relevante vermindering van de werkgelegenheid werd verwacht.

(1.6) Bij de mededeling dat het bij ongeveer twee derde van de procedures betreffende personenschade om regresacties van sociale verzekeraars gaat, past de aantekening dat hier vermoedelijk gedacht wordt aan de regresacties ter zake van zodanige schade in het verkeer van sociale verzekeraars, overheid en particuliere verzekeraars tezamen.

(1.7) Het adres spreekt verder van een vestzak-broekzak-operatie en betreft dit op het "Nederlandse volk". De bezwaren van een zodanige operatie, bijv. bij de overheid springen in het oog, doch hier wordt kennelijk gedacht aan de vestzak van de een (bijv. de particuliere verzekeraar) en de broekzak van de ander (bijv. een sociale verzekeraar). Ook de voorstelling als zouden de premies voor zodanige verzekeringen door alle Nederlanders gelijkelijk worden gedragen, kan moeilijk worden volgehouden. Evenmin mag in een tijd waarin een op bezuiniging gerichte herziening van het sociale verzekeringsstelsel aan de orde is, die tot vermindering van de uitkeringen en de premies leidt, het belang worden onderschat van de huidige en toekomstige opbrengst van de regresrechten, ook al vormt deze in het geheel van de financiering van de sociale zekerheid slechts een factor van ondergeschikte betekenis. Te bedenken valt daarbij dat het bij bezuinigingen pleegt te gaan om een combinatie van maatregelen, die stuk voor stuk relatief geen grote bedragen opleveren, maar die tezamen het gewenste effect sorteren. In dit licht is een bedrag van 100 miljoen niet gering te achten, ook niet als men het relateert aan de totale "omzet" van de sociale verzekeraars.

(1.8) Ook mag niet licht worden heengelopen over de overweging dat afschaffing van de regresrechten ertoe zou kunnen leiden dat de deelnemers aan het gemotoriseerde verkeer worden ontlast van een deel van de kosten daarvan, doordat zij een belangrijk deel van de gevolgen van de door dat verkeer veroorzaakte schade niet langer behoeven te dragen.

(1.9) Bij dit alles komt dat soms de vraag wordt gesteld in hoeverre een algehele afschaffing van regresrechten - en daarmee van een belangrijk deel van de aansprakelijkheid - maatschappelijk ongewenste gevolgen in de hand zou werken, zoals toenemende onzorgvuldigheid van hen, op wie deze aansprakelijkheid voordien ruste. Bij de discussie over de afschaffing blijft de vrees voor dergelijke gevolgen een zekere rol spelen, waarbij ervan wordt uitgegaan dat ook een aansprakelijkheidsverzekering geen volledige bescherming pleegt te geven tegen alle aanspraken wegens persoonlijke fouten. Overigens worden dergelijke gevolgen door velen ontkend en zijn zij moeilijk aan te tonen.

(1.10) Dit alles leidt tot de conclusie dat de suggestie als zou het hier om een eenvoudig, op korte termijn op te lossen probleem gaan, niet juist is. Daarbij verdient nog opmerking dat de wetgeving waarbij thans de hier bedoelde regresrechten worden toegekend, niet onder mijn departement ressorteert, maar onder mijn ambtgenoten van Sociale Zaken, W.V.C., Binnenlandse Zaken en Defensie.

(2) Inderdaad is een collectivering van het regres, zoals door Bloembergen aangeduid, in theorie mogelijk en aantrekkelijk. Het is echter niet eenvoudig om tot een oplossing in deze trant te komen, nu het hier aan de ene kant gaat om een uiteenlopende groep van risico-dragers op het terrein van de sociale verzekering (bedrijfsverenigingen, ziekenfondsen) en van de overheid (de Staat, provincies, gemeenten, en krachtens artikel N11 ABPW ook het ABP) en aan de andere kant om een heterogenere groep van particuliere verzekeraars ten dele van aansprakelijkheid en ten dele van ziektekosten en andere

materiële schaden, soms en in wisselende combinaties bij één maatschappij. Dit brengt mee dat de uitwerking van een figuur als hier bedoeld in de praktijk uiterst gecompliceerd is en moeilijk zonder medewerking van de betrokkenen tot stand kan worden gebracht. Daarbij komt dat ook hier moeilijk is te overzien over welke belangen en bedragen men eigenlijk spreekt, als niet eerst duidelijk is geworden welke invloed de herziening van het sociale verzekeringsstelsel en trouwens ook het nieuwe aansprakelijkheidsrecht van titel 6.3 op deze materie zal hebben. Juist dit aspect is een belangrijk argument geweest om van een definitieve oplossing in deze trant voor het tijdstip van in werking treden van Boek 6 af te zien, terwijl in verband daarmee de werkgroep die de regeling van artikel 6.3.5.1 heeft voorbereid, het ook niet verantwoord heeft geoordeeld om in dit stadium kosten te maken voor hernieuwd cijfermatig onderzoek ter voorbereiding van een dergelijke oplossing.

Bloembergen schijnt overigens zijn voorstel op dit punt uitsluitend te betrekken op de verkeersaansprakelijkheid. Inderdaad ware denkbaar om eerst op dit terrein te beginnen. Ook in dat geval zou de materie dan echter niet tot Boek 6 behoren, maar veeleer het beleids-terrein betreffen van mijn aan het slot van punt 1b (punt 1.10, red. BW-krant) vermelde ambtgenoten.

IV. Het einde van het verhaal

1. Algemeen

Ik zal mij in dit verhaal dat nu eenmaal niet veel meer dan een naschrift beoogt te zijn, goeddeels beperken tot een reactie op de Nota. Maar de lezer dient te beseffen dat er over de afschaffing van het regres meer te zeggen valt en ook gezegd is dan er in mijn Adres (waarbij ik overigens volledig persisteer) en de Nota staat. Zie o.m. de literatuur, vermeld in Onrechtmatige Daad II (De Groot) nr. 399, die men moet zien tegen de achtergrond van de literatuur over de afschaffing van de (verkeers-)aansprakelijkheid in het algemeen (een beknopte literatuur opgave daarover is te vinden in Onrechtmatige Daad V (Bouman) nr. 287, maar liefhebbers kunnen bij mij thuis terecht voor een meter boekenplank).

Ik zei: *goeddeels* beperken. Ik heb er behoefte aan de afschaffing hier en daar in een wat wijder kader te plaatsen (met name nr. 2), dat wellicht juist voor politieke beslissers van belang kan zijn.

Ik merk voorts nog op dat ik mij eerst zal beperken tot het verhaalsrecht van de sociale verzekerders. Over het verhaalsrecht van de overheid voor ambtenaren, dat wat eigen aspecten vertoont, zeg ik in nr. 8 nog iets.

2. Deregulering

Dit kabinet heeft, evenals de vorige, de mond vol van deregulering. In iedere Memorie van Toelichting vindt men - haast even plichtmatig als het m/v in advertenties - een dereguleringstoets. Laat ik die hier ook eens aanleggen, dit in de gedachte dat niet alleen nieuwe, maar ook bestaande regelgeving en speciaal die waarvan de naleving on-evenredige kosten met zich brengt, aandacht moet krijgen (vergelijk J.M. Polak, NJB 1987, blz. 8).

Het valt direct op dat het bevrozingsstelsel van Afdeling 6.3.5 ons recht en daarmee de afwikkeling van schades alleen maar ingewikkelder maakt. Grofweg gezegd komt het erop neer dat bij iedere letsel- en overlijdensschade - en dat zijn er nogal wat - in beginsel twee regimes gelden: de slachtoffers en hun nabestaanden mogen zich op alle artikelen van titel 6.3 beroepen, maar ten aanzien van de sociale verzekeraar blijven een aantal artikelen en bepaald niet de onbelangrijkste buiten toepassing, hetgeen in feite betekent dat zij moeten terugvallen op de schuldaansprakelijkheid van art. 6.3.1.1. Het is evident dat er aldus meer regels zijn dan onder het oude recht en dat de toepassing van die regels ingewikkelder is geworden.

Maar we moeten niet in de eerste plaats vergelijken met het oude recht, maar vooral met het door mij voorgestane stelsel van afschaffing van het regres. Opnieuw is dan evident dat de deregulerings-toets te mijnen gunste uitvalt. Als men bedenkt dat er bij de overgrote meerderheid van de letselschades wel een of meer sociale verzekeraars in het spel zijn (met name een ziekenfonds en een bedrijfsvereniging) en dat hun claims dan naast de claims van het slachtoffer moeten worden afgewerkt, is de eenvoud van mijn stelsel, waarin alleen het slachtoffer overblijft, wel heel opvallend. Ik praat dan niet eens over alle rechtsbreinbrekers die het regresrecht heeft gecreëerd en die art. 6.3.5.1 naar alle waarschijnlijkheid zal creëren (kijk maar eens naar de formulering) en het kostenaspect bewaar ik tot nr. 5. Kortom, ik doorsta de dereguleringstoets met glans, afdeling 6.3.5 komt er niet door.

3. Eenvoud

In de Nota (1.10) lees ik dat de "suggestie als zou het hier om een

eenvoudig, op korte termijn op te lossen probleem gaan, niet juist is". Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in nr. 2 is gezegd, doet deze opmerking direct al merkwaardig aan: degene die een gecompliceerd stelsel nog gecompliceerder maakt, gaat in de aanval tegen degene die een eenvoudiger stelsel bepleit. Maar die opmerking is ook volmaakt onjuist. Dat vloeit voort uit wat ik hierna onder 4 e.v. betogen ga, maar ik wil er vooraf nog dit over zeggen.

Wetgevings-technisch is de afschaffing van het regres een uitermate eenvoudige zaak. Het komt neer op schrapping van de Hoofdstukken over De invloed van de verzekering op het burgerlijk recht in de Ziektewet, WAO en Ziekenfondswet. Minister Veldkamp had destijds minder dan een halve bladzijde nodig om die volte-face toe te lichten; zie Bongers, Preadvies NJV 1967, blz. 224. Die schrapping zou een plaats kunnen vinden in het Achtste gedeelte van de Invoeringswet; het zal de Regeringscommissaris weinig moeite kosten er een toelichting bij te schrijven en zonodig een overgangsbepaling te maken. Daarnaast zou bij de invoering van titel 7.17 (verzekering) bekeken kunnen worden of ook het regresrecht van particuliere verzekeraars voor zover het betrekking heeft op letselschades, in het bijzonder dat van ziektekostenverzekeraars, afgeschaft moet worden.

En financieel-economisch is het mijns inziens, wanneer men niet overgaat tot een collectivering van het regres (waarover hierna onder 7 meer), ook betrekkelijk simpel. Men zal enerzijds de premies van de betrokken sociale verzekeringen wellicht iets moeten bijstellen, maar dat is zo weinig (zie mijn Adres nr. 4) dat het zonder enige moeite in de jaarlijkse bijstellingsoperatie kan worden meegenomen. Anderzijds zullen de aansprakelijkheidsverzekeraars hun premies iets kunnen verlagen, maar ook zij plegen jaarlijks hun tarieven bij te stellen.

Bij dit alles is mij bekend dat, zoals de Nota (1.10) opmerkt, de sociale verzekeringswetten niet onder het Departement van Justitie ressorteren. Maar de Invoeringswetgeving beweegt zich wel meer op andermans terrein. Doet trouwens ook Afdeling 6.3.5 dat niet?

4. Vestzak-broekzak

4.1 In mijn Adres (nr. 2) heb ik als hoofdargument naar voren gebracht dat het regres een kostbare zaak is die bovendien goeddeels neerkomt op een vestzak-broekzak operatie. Ik zie de beide componenten van dit argument achtereenvolgens.

Ik heb aangegeven waarom het regres goeddeels - niet helemaal - een vestzak-broekzak operatie is. Het regres heeft, als het goed is, aan de ene kant tot gevolg dat de premies voor de sociale verzekeringen een tikkeltje lager kunnen zijn; aan de andere kant leidt het tot een kleine verhoging van de premies voor de aansprakelijkheidsverzekeringen (want regres is in feite regres op een assuradeur). Wie zijn de mensen die door de verlaging en verhoging worden geraakt? Enerzijds de werkgevers en werknemers die de premies voor de sociale verzekeringen opbrengen en anderzijds de particulieren en bedrijven die aansprakelijkheidsverzekeringen hebben afgesloten. Nu zowel de sociale verzekeringen als de aansprakelijkheidsverzekeringen wijd verspreid zijn, zal duidelijk zijn dat het hier goeddeels om dezelfde personen en bedrijven gaat en dat regres dus inderdaad goeddeels een vestzak-broekzak operatie is. Op dit "goeddeels" kom ik straks terug.

Van dit argument maakt de Nota (1.7) een karikatuur: "Hier wordt kennelijk gedacht aan de vestzak van de een (bijv. een particuliere verzekeraar) en de broekzak van de ander (bijv. een sociale verzekeraar)". Tja, als je op deze manier de argumenten van je gesprekspartner voor de lachspiegel houdt, heb je makkelijk spel. De opsteller van de Nota ziet niet en wil kennelijk niet zien, dat het om de vestzak en broekzak van dezelfde persoon gaat, zoals trouwens ook in de beeldspraak vestzak-broekzak operatie ligt besloten. Het zijn immers dezelfde personen en bedrijven die de WA-premies en sociale premies betalen.

4.2. Nu nog iets over het "goeddeels". In de sfeer van de bedrijven is het vrij duidelijk dat premieverhogingen en verlagingen bij dezelfde terecht komen. Bij afschaffing van het regres worden de sociale premies een fractie hoger en de WA-premies (bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering, WAM-verzekering) een (grotere) fractie lager. Per bedrijf zullen hier variaties optreden, omdat het ene bedrijf relatief veel werknemers heeft en het andere bedrijf relatief veel aansprakelijkheidsrisico loopt (bv. door een groter wagenpark), maar het gaat hier om ruwheden die we, mede gelet op de grote kostenbesparing (zie onder 5), op de koop moeten nemen.

Voor zover particulieren onder de sociale verzekeringen vallen, geldt hetzelfde: enerzijds iets hogere sociale premies, anderzijds iets lagere aansprakelijkheidspremies. Voor de particulieren die niet onder

de sociale verzekeringen vallen ligt het iets gecompliceerder. De grootste groep vormen hier waarschijnlijk de bejaarden¹⁾. Voor zover zij onder de ziekenfondsverzekeringen vallen - veruit het grootste deel - geldt wat dat betreft weer hetzelfde verhaal: tegenover een fractionele verhoging van de ziekenfondspremie staat een verlaging van de WAM-premie (voor zover zij een motorrijtuig bezitten) en de premie van de Algemene aansprakelijkheidsverzekeringen. Een verhoging van de premie voor Ziektewet en WAO raakt hen niet meer, want zij vallen niet onder deze wetten. Maar bij een stelselwijziging als door mij voorgesteld geldt voor degenen die in de toekomst bejaard zullen worden wel, dat zij in het verleden de hogere premies hebben gedragen.

5. Kosten

5.1 Nu de tweede component van mijn hoofdargument: regres is een uitermate kostbare zaak.

De nota (1.5) begint hier met een opmerking die me bijzonder bitter heeft gestemd: van belang is dat in het Adres "wel enige cijfers worden vermeld, maar niet wordt aangegeven waarop deze berusten". Deze opmerking stemt me in de eerste plaats bitter, omdat ik in mijn Adres - teneinde zwaar belaste kamerleden niet te belasten met een notenapparaat - heb volstaan met een algemene verwijzing naar de literatuur en de eigen publicaties, waarin de nodige onderbouwing was te vinden. Had de Regeringscommissaris - met zijn staf en de voortreffelijke documentalist van Justitie - de onderbouwing niet kunnen vinden? En was - daargelaten andere persoonlijke contacten - één telefoontje naar de adressant niet voldoende geweest? Vervolgens verbittert deze opmerking mij, omdat ik een van de weinigen in dit land ben geweest die hebben gepoogd kwantitatieve gegevens over de werking van aansprakelijkheidssystemen op tafel te krijgen; en dan te moeten horen dat je niet onderbouwt. En tenslotte is mijn bittere stemming bij verdere lezing van de Nota verergerd. In

1) Daarnaast zijn er de zelfstandigen. Korthedshalve werk ik niet uit wat mijn stelsel voor hen betekent. Die betekenis hangt af van een eventuele doortrekking van mijn stelsel naar de particuliere ziektekosten- en loondervingsverzekeringen.

nr. 1.5 wordt zonder enige onderbouwing gezegd dat bij de voorbereiding van art. 6.3.5.1 is "gebleken" dat de kosten "lager uitvallen dan in het Adres (...) wordt aangegeven" en wordt vervolgens opnieuw zonder enige onderbouwing een beroep gedaan op een schatting van de perceptiekosten door het GAK op 5%. De adressant, een vrije tijdsschrijver zonder enige apparaat achter zich, moet onderbouwen, maar de Minister met zijn enorme staf behoeft dat kennelijk niet. Zo iets heet tegenwoordig, als ik mij niet vergis, de arrogantie van de macht. Maar nu terzake, zijnde de onderbouwing. Vooraf teken ik aan dat het om twee componenten gaat: de kosten aan de kant van de aansprakelijkheidsverzekeraars en de perceptiekosten van de sociale verzekeraars.

5.2 In mijn Adres (onder 2) ging ik ervan uit dat aan de kant van de aansprakelijkheidsverzekeraar de kosten over het algemeen 35 à 40 procent bedragen van het bedrag dat hij als premie van de verzekerde ontvangt²⁾. Dit uitgangspunt berust op een studie van mijn oud-medewerker J.P.M. van Wersch, die met een naschrift van G. Walstra is verschenen in Verzekeringsarchief 1971, blz. 74 e.v.³⁾. Ik noem het naschrift omdat Walstra, een bekende figuur uit de verzekeringswereld⁴⁾ - een wereld waaruit men juist oppositie zou verwachten -, in zijn naschrift tot de slotsom komt dat cijfers van Van Wersch juist zijn ("De cijfers zijn juist gehanteerd en afgezien van wellicht enkele details kunnen deze als basis voor iedere discussie dienen"). Me dunkt dat ik onder deze omstandigheden de cijfers van Van Wersch tot uitgangspunt mag nemen en dat de argumentatielast van het tegendeel op mijn opponenten rust.

-
- 2) Hier kan op twee manieren hetzelfde worden gezegd. Men kan de uitvoeringskosten uitdrukken in een percentage van het totale bedrag dat de aansprakelijkheidsverzekeraar als premie ontvangt (aldus het Adres); men kan ook de uitvoeringskosten uitdrukken in een percentage van het bedrag dat aan schade wordt uitgekeerd (aldus Van Wersch, die bovendien de perceptiekosten van de benadeelden tot de uitvoeringskosten rekent). Het is evident dat het laatste percentage veel hoger uitkomt dan het eerste.
 - 3) Aanzetten voor een berekening zijn al te vinden in mijn oratie Naar een nieuw ongevalrecht, Leiden 1965, blz. 18 e.v. en mijn Preadvies NJV 1967, nr. 25.
 - 4) Drs. G. Walstra is thans plaatsvervangend voorzitter van de Raad van Bestuur van Delta Lloyd.

Laat ik één mogelijke tegenwerping bespreken. Men zou kunnen zeggen dat de cijfers van Van Wersch oud zijn en dat zij alleen op de motorrijtuigenverzekering betrekking hebben. Ik antwoord daarop dat ik geen redenen zie waarom de cijfers nu of bij andere verzekeringen fundamenteel anders zouden liggen. Trouwens, zoals steeds in de wetenschap, staat het een ieder vrij de berekeningen van Van Wersch, die berusten op gepubliceerde cijfers, te falsifiëren.

Bij de berekening teken ik nog dit aan. Van Wersch berekent de uitvoeringskosten op 71 percent van de netto-uitkeringen. Dat betekent bij een uitkeringen van 1000 gulden 700 gulden kosten (waaronder 58 incassokosten van de schadelijders) worden gemaakt en dat derhalve hiervoor 1700 gulden premie moet worden betaald. Ik kwam tot een wat hoger kostenbedrag, omdat ik enerzijds de incassokosten - waarover straks nader - en anderzijds ook de kosten van de verzekeraars hoger taxeerde. Dit laatste deed ik omdat Van Wersch de hele motorrijtuigenverzekeringen - WA en casco - in zijn berekening betrok, terwijl aannemelijk is dat de WA-verzekering, waar het bij het regres uitsluitend om gaat, relatief duur is.

5.3 Nu de door de sociale verzekeraars bij de incasso van de schadeverzekeraars gemaakte perceptiekosten, die ik op 10 à 20 percent stelde. Daartegenover stelt de Nota een schatting van het GAK van 5 percent. Die schatting zegt mij niets, zolang ik niet weet welke kostenposten het GAK hierin heeft opgenomen.

Ik kan mijn schatting ook niet keihard maken, maar er zijn toch wel enige gegevens die erop wijzen dat de perceptiekosten waarschijnlijk tenminste 10 percent belopen. Vooreerst is dit een vrij gebruikelijk incassotarief dat vermoedelijk een redelijke benadering van de kosten geeft. Voorts wijst het door Van Wersch en mij gedane onderzoek onder verkeersslachtoffers ook in deze richting⁵⁾. En tenslotte wijs ik op de cijfers die de Nota verderop (punt 5, blz. 14) presenteert over het Bureau Schadeafwikkeling van de Staat. Zie ik goed,

5) A.R. Bloembergen en P.J.M. van Wersch, Verkeersslachtoffers en hun schade, Deventer 1973, i.h.b. nr. 10.8 en 14.31. Het berekende percentage is daar wat lager, maar men moet bedenken dat het om een incasso voor natuurlijke personen ging, die zelf geen apparaatskosten hebben. Vergelijk ook de schatting van Van Wersch, VA 1971, blz. 77 e.v.

dan staat tegenover een totale "omzet" van ongeveer 20 miljoen een kostenbedrag van 2.7 miljoen. Dat tendert naar de 15 en niet naar de 5 percent.

5.4 Overigens doet het er niet zo veel toe hoe de cijfers precies liggen. Als we de uitvoeringskosten van de aansprakelijkheidsverzekeraars voorzichtig op 60 percent van de uitgekeerde bedragen stellen en de perceptiekosten op 10 percent, staat tegenover een netto regres van 90 miljoen nog altijd een kostenbedrag in de orde van grootte van ongeveer 70 miljoen. En dit dient dan om een geldstroom in stand te houden die goeddeels van vestzak naar broekzak (van dezelfde personen en bedrijven!) gaat.

In dit verband doet het wonderlijk aan dat de Nota (1.7) de bezuiniging ten tonele voert. Het is als een prostitúe die zich op haar sociale taak beroept. Uit alles wat ik heb gezegd vloeit immers voort dat juist de afschaffing van het regres tot een bezuiniging voert, die er waarschijnlijk per saldo toe leidt dat niemand er slechter van behoeft te worden.

6. Kosten toerekening; preventie

6.1 De Nota (1.8, 1.9) stipt nog een tweetal argumenten (of zijn het rookgordijntjes?) aan die tegen afschaffing van het regres zouden kunnen pleiten. Ik zou er kort over willen zijn èn omdat ik dit naschrift niet nog langer wil maken èn omdat ik er in het verleden - ook in het bredere kader van de afschaffing van de aansprakelijkheid - al vrij veel over heb geschreven⁶⁾ en toen de argumenten te licht heb bevonden.

6.2 Eerst doet de Nota een beroep op wat in het debat over no-fault-systemen heet: motoring should pay its way of - meer algemeen - schade veroorzakende activiteiten behoren op te komen voor de door hen teweeggebrachte schade. Het beginsel zelf is zeer om-

6) O.m. Dissertatie nrs. 251 en 253, Naar een nieuw ongevallenrecht, blz. 11 e.v., Preadvies NJV 1967, nr. 23 e.v., NJB 1973, blz. 965 e.v. en NJB 1978, blz. 698 e.v. Ter plaatse zijn ook literatuurverwijzingen te vinden.

streden en de uitwerking is buitengewoon moeilijk. Reeds daarom is het beroep op dit beginsel zwak. Ten aanzien van het regres waarover we het hier hebben, komen er nog enige dingen bij die ik kort aanstip:

- Doorzetting van dit beginsel past niet in ons stelsel van sociale verzekeringen. Premies en uitkeringen zijn volstrekt losgekoppeld van de oorzaak van de schade. Toerekening van kosten aan welke gevaarlijke activiteit dan ook past niet in dit stelsel. Zou men die weg opgaan, dan zou men ook moeten toerekenen aan andere gevaarlijke activiteiten, zoals de sportwereld, de producenten en gebruikers van alcohol en tabak en de beoefenaren van gevaarlijke beroepen.
- Tegen de achtergrond van dit beginsel is de bevrozingsoperatie van afdeling 6.3.5 ook niet begrijpelijk: de nieuwe risico-aansprakelijkheden zouden immers de kostentoerekening juist beter tot hun recht doen komen.
- Als men het beginsel al zou willen laten doorwerken, is het regres op individuele basis daarvoor een uiterst kostbare en daarom onaantrekkelijke methode. Collectivering van het regres is dan aangewezen. Daarover zeg ik straks (onder 7) nog iets.

6.3 Het beroep op het preventie-argument (Nota 1.9) maakt helemaal geen indruk. We weten zo langzamerhand dat de preventieve werking van aansprakelijkheidssystemen sowieso al gering is. Bij afschaffing van het regres blijft er, zo zulks al nodig zou zijn, voor potentiële schadeveroorzakers nog genoeg preventie over via het resterende aansprakelijkheidssysteem. Er dreigt immers nog een aansprakelijkheid voor zaakschade en voor niet gedekte persoonlijke schade (met name extra-inkomensschade en ideële schade).

7. Collectivering van het regres

De Nota (nr. 2) zegt dat collectivering van het regres "in theorie mogelijk en aantrekkelijk is". Bij de aantrekkelijkheid zet ik een groot vraagteken. Het gecollectiveerde regres doet eigenlijk alleen maar dienst om de kosten van ongevallen toe te rekenen aan schadeveroorzakers. Ik heb hiervoor (6.2) gezegd dat een dergelijke toerekening slecht past in ons stelsel van sociale verzekering, terwijl zij bovendien goeddeels een vestzak-broekzak-operatie is. In mijn Adres

(nr. 5) heb ik deze collectivering dan ook duidelijk als een subsidiaire optie gepresenteerd. Maar die optie is wel aanzienlijk beter dan het huidige, in afdeling 6.3.5 bestendigde regres op individuele basis.

Met het oog op het subsidiaire karakter zal ik kort zijn over de uitwerking van mijn gedachte. Ook hier maakt de Nota de zaken weer aanzienlijker gecompliceerder dan zij in werkelijkheid zijn. Op het terrein van de sociale verzekeringen - dus buiten de VOA - gaat het niet om "een uiteenlopende groep van risicodragers": de van werkgevers en werknemers ontvangen sociale premies worden gekanaliseerd naar de instanties die uiteindelijk de uitkeringen en verstrekkingen verzorgen; ergens op dit kanaal zou de van de aansprakelijkheidsverzekeraars komende geldstroom van het collectieve regres kunnen worden aangesloten, zodat er niet aan ieder ziekenfonds of bedrijfsvereniging apart behoeft te worden betaald. Hoe het aan de kant van de motorrijtuigenverzekeraars zou moeten, heb ik mijn Adres (nr. 5) aangegeven. Bij andere aansprakelijkheidsverzekeraars zou op eenzelfde stramien kunnen worden gebouwd. Met de verzekering van ziektekosten en andere materiële schade - in de Nota genoemd - hebben we vooralsnog niet te maken. Kortom, het is allemaal minder gecompliceerd dan de Nota suggereert, al wil ik niet ontkennen dat de uitwerking van mijn gedachte technisch moeilijker is dan een afschaffing van het regres zonder meer.

8. VOA

Ik sprak tot dusverre alleen over de sociale verzekeringen en niet over de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren⁷⁾. Veel van hetgeen ik hier en in mijn Adres heb gezegd, is zonder meer van toepassing op het verhaalsrecht van de overheid. Maar op enkele punten is dat anders: zo is de collectivering van het regres vermoedelijk moeilijker, omdat het gezelschap overheidslichamen niet homo- maar heterogeen is. Het zou te ver voeren dit uit te werken.

7) De Algemene Burgerlijke Pensioenwet en het verhaal van pensioenen laat ik rusten.

Aan de andere kant is er juist hier een sterk extra-argument voor afschaffing van het verhaal zonder meer. Het gaat bij de VOA vooral om verhaal van doorbetaald salaris. Een anomalie is en blijft hier dat de werkgever in de particuliere sfeer geen verhaal heeft voor doorbetaald loon en de overheid wel⁸⁾. Aanvankelijk was in het voorgestelde art. 6.1.9.11a aan de werkgever een dergelijk verhaal gegeven, maar in het kader van bevrozingsoperatie is dat later weer ingeslikt⁹⁾. De ongelukkige anomalie blijft dus. Maar door de VOA en daarmee het regres af te schaffen, zou zij verdwijnen. Dat is dan een extra-argument voor afschaffing. Trouwens juist het bestaan van die anomalie laat zien dat er zonder regresrecht uitstekend te leven valt: zelfs het actieve Genootschap van Bedrijfsjuristen heeft bij mijn weten geen kik gegeven toen er eerst wel en vervolgens weer geen verhaal voor de particuliere werkgever was.

9. Afronding

9.1 De slotsom moet zijn dat het door mij besproken gedeelte van de Nota beneden de maat is gebleven. Mijn teleurstelling waarover de Nota (1.3) rept, is er dus inderdaad, maar om andere redenen dan de Nota meent. Kennelijk heeft het Kamerlid Van den Burg het gebrek aan niveau van de Nota ook doorzien. Hij heeft tenminste, toen de mondelinge behandeling van het vijfde gedeelte van de Invoeringswet nog nabij leek, een amendement ingediend (17.541, nr. 17), waarin hij een nieuw art. 6.3.5.2 voorstelt, dat als volgt luidt:

"Het vorige artikel vervalt drie jaren na het in werking treden daarvan, tenzij voordien een wetsvoorstel, houdende een definitieve regeling betreffende de afschaffing of beperking van verhaal en subrogatie als in dat artikel bedoeld mede met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schade in het verkeer, bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal is ingediend, dan wel een wetsvoorstel

-
- 8) Zie hierover uitvoeriger mijn dissertatie nrs. 204 en 213 en voorts mijn bijdrage over het nieuwe art. 6.1.9.11a in NJB 1982, blz. 1078 e.v., i.h.b. blz. 1080. Aantekening verdient dat het bij de particuliere werkgever vooral gaat om bovenwettelijke uitkeringen, die overigens door de recente operaties in de sfeer van de sociale verzekeringen belangrijker zijn geworden.
- 9) Invoeringswet vijfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 17541, nr. 6.

houdende een verlenging van geldigheidsduur van het vorige artikel voor een tijd van niet langer dan drie jaren".

De korte toelichting zegt dat het voorgestelde art. 6.3.5.1 "tot sunset-wetgeving" maakt. Voorts wordt aangekondigd dat de C.D.A.-fractie in een motie op korte termijn van de regering een notitie zal vragen om ons vraagstuk te bespreken.

9.2 Natuurlijk ben ik Van den Burg zeer erkentelijk dat hij mijn denkbelden in politieke daden heeft vertaald. En ik heb alle begrip voor de vorm van de vertaling. Waarschijnlijk is er op dit moment politiek niets meer mogelijk.

Van den Burg zal het mij hopelijk niet euvel duiden als ik de kanttekening plaats dat ik met name wat betreft het amendement toch niet voldaan ben. In mijn Adres (nr. 6) heb ik al te kennen gegeven dat een uitstel tot de eeuwwisseling voor mij moeilijk aanvaardbaar is (al zou het aldus voor mij persoonlijk wel echte "sunset"-wetgeving worden, want tegen die tijd ben ik waarschijnlijk aan het eind van mijn juridische leven). Een eenvoudig rekensommetje leert dat in het amendement een dergelijk uitstel besloten ligt: vijf jaar tot de invoering van het nieuwe BW en dan drie plus drie jaar (want men behoeft geen profeet te zijn om te voorspellen dat er een wetsvoorstel komt als bedoeld in het slot van het artikel).

9.3 De aangekondigde motie ter verkrijging van een notitie van de Regering op korte termijn spreekt mij dan ook meer aan. Vooreerst uiteraard vanwege de korte termijn. Maar ook omdat met een verzoek aan de Regering de zaak wordt uitgetild boven het klaarblijkelijk te enge kader van de nieuwe BW-club. Zoals ik in mijn Adres (met name nr. 3) al heb aangeduid, zal het dan wel zaak zijn dat de Regering niet gaat varen op het kompas van de hoofdrolspelers in het regres-systeem, want door een afschaffing zijn zij niet rechtstreeks gebaat¹⁰⁾. De Regering zal vooral moeten letten op boven deze deel-

10) Dit betekent eventueel ook: niet opvolgen van het recente advies van de Sociale Verzekeringsraad. Wat dat betreft is er een precedent (zij het in de verkeerde richting); in de zestiger jaren is het regres in de WAO opgenomen ondanks een advies van de meerder-
(vervolg noot)

belangen uitstijgende aspecten van het algemeen belang, waarbij ik met name denk aan de maatschappelijke verspilling die inherent is aan een geïndividualiseerd regres.

Wassenaar, december 1986

(vervolg noot)

heid van de Raad in andere zin. Zie hierover mijn dissertatie nr. 247.

HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN LEVERANCIER EN KREDIETGEVER BIJ GOEDERENKREDIET

prof. mr E.H. Hondius

1.

Leverancier A verkoopt aan afnemer B een goed 'op gemakkelijke betalingsvoorwaarden'. Het krediet wordt verstrekt door kredietgever C, die over het verstrekken van krediet met A een vaste afspraak heeft. A levert niet of ondeugdelijk. B heeft tegenover A mitsdien een opschortingsbevoegdheid terzake van de koopsom. Heeft B deze bevoegdheid ook tegenover C? Het is deze vraag die de meningen verdeeld houdt. In deze bijdrage aan een afscheidsbundel voor Paul Knol wil ik een pleidooi houden voor een bevestigende beantwoording van de gestelde vraag. Hiermee ga ik tegen de heersende mening in ons land in. Deze heersende mening is tot uitdrukking gebracht in het onlangs ingediende wetsvoorstel op het consumentenkrediet. Voor mijn pleidooi zal ik de steun inroepen van de rechtsvergelijking. In tal van landen om ons heen kent men een hoofdelijke aansprakelijkheid van leverancier en kredietgever bij goederenkrediet. Wellicht zal ook de binnenkort te verwachten Europese richtlijn inzake het consumentenkrediet een voorschrift hieromtrent bevatten.

2.

Het vraagstuk van de hoofdelijke aansprakelijkheid van leverancier en kredietgever bij goederenkrediet is onlangs aan de orde geweest bij de totstandkoming van het ontwerp voor een Wet op het consumentenkrediet (WCK). Twee adviesinstanties, de Commissie Wet op het Consumptief Geldkrediet en de Commissie voor Consumenten Aangelegenheden (CCA), bepleitten een voorzichtige mede-aansprakelijkheid (die echter door een deel van de CCA werd afgewezen).

De regering komt tot een andere konklusie:

'Wij achten introductie van het beginsel van mede-aansprakelijkheid in de WCK ongewenst. Ook bij nadere overweging menen wij dat tegen deze figuur overwegende principiële en praktische bezwaren aan te voeren zijn. Principieel bezien is de bevoordeling van de kredietkoper boven de contantkoper niet goed te rechtvaardigen. De kredietgever zou bovendien bij deze constructie als een soort borg voor de handelaar optreden. Dat is nimmer de bedoeling van partijen geweest. De praktische bezwaren spitsen zich vooral toe op het vinden van een juridisch sluitende formulering van de bedoelde hechte samenwerking en op het bepalen van de mate van wanprestatie die opschorting van de betalingsverplichtingen en eventueel verhaal zou moeten rechtvaardigen. Die wanprestatie moet immers voldoende ernstig zijn om zulke verweermiddelen en aanspraken te kunnen dragen.

Tenslotte menen wij dat met de invoering van de regeling van het nieuwe BW inzake consumentenkoop de koper afdoende beschermd zal zijn. De verkoper mag dan zijn vrijwaringsverplichting niet meer uitsluiten en ook verweermiddelen van de koper zijn dwingendrechtelijk gewaarborgd. Dan zal aan de hier bedoelde extra bescherming geen behoefte meer bestaan¹⁾.

3.

De conclusie van de regering stemt overeen met de heersende mening in de doktrine. Bij wijze van voorbeeld noem ik Schoordijk. In een beantwoording van een rechtsvraag voor *Ars Aequi* verwerpt hij naar geldend recht de mogelijkheid voor de huurkoper om verweermiddelen op basis van de gefinancierde overeenkomst aan de financier tegen te werpen²⁾. Schoordijk grondt deze visie in de eerste plaats op een beschouwing over de door partijen gebezigde juridisch-technische constructie van de driepartijenovereenkomst³⁾. Maar hij kijkt ook door deze constructie heen en komt dan tot de konklusie: 'zou een financieringsmaatschappij de verweermiddelen toegespeeld kunnen krijgen, die aan een gefinancierde transactie kleven, de financiering van consumptief krediet zou op losse schroeven komen te staan⁴⁾'. Dit argument klinkt misschien wat vreemd voor de beantwoorders van de rechtsvraag, die over een landbouwmachine ging, in het kader van

1) Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 63.

2) H.C.F. Schoordijk, Beantwoording rechtsvraag NBW (6) Verweermiddelen, *Ars Aequi* 1984, p. 275-278.

3) Zie over deze konstrukties P. Stoffels, *Huurkoop en krediet aan de consument*, tweede druk Deventer 1974.

4) Schoordijk, *Ars Aequi* 1984, p. 275, 276.

deze beschouwing over de voorgestelde Wet op het *consumentenkrediet* komt Schoordijks gedachtesprong goed van pas.

4.

Na nog te hebben opgemerkt dat de jurisprudentie ons bij deze vraag in die zin in de steek laat, dat de vele tegenstrijdige uitspraken moeilijk op één noemer te brengen zijn⁵⁾, kom ik tot een bespreking van de argumenten van de tegenstander van hoofdelijke aansprakelijkheid. Allereerst het argument van Schoordijk, dat het gemakkelijkst kan worden weerlegd. Punt 1: in de landen waar wél een hoofdelijke aansprakelijkheid is ingevoerd, is de financiering van goederenkrediet gewoon blijven bestaan. Wel is het zo dat het marktaandeel van deze financieringsvorm de laatste decennia aanzienlijk is teruggelopen. Daarmee kom ik echter aan punt 2: ook in ons land, waar nu juist geen hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangenomen, is het aandeel van het goederenkrediet spectaculair gezakt. In 1961 kon nog 61,7% van het verstrekt konsumptief krediet als financieringskrediet worden gekwalificeerd, in 1985 was dit gedaald tot 9,8%. Naast de persoonlijke lening (42,7%) was het doorlopend krediet in 1985 met 46,6% de belangrijkste kredietvorm. Kijken we naar het totaal uitstaande konsumptief krediet, dan is de daling nog sterker: van 80,3% in 1980 tot 7,1% in 1985. Voordat men nu zegt, waar praten we eigenlijk over, nog dit: ook die 7,1% staat nog altijd voor f 874 miljoen, een stuk meer dan de f 351 miljoen waar 80,3% van de markt in 1980 goed voor was. We zitten met andere woorden in een sterk groeiende markt, waarin weinig van veel meer is dan veel van weinig⁶⁾.

5.

Om op de argumenten van de regering een antwoord te geven, roep

5) W.A.M. van Schendel, in Koopboekje, vierde druk Nijmegen 1980, nr. 100. L. Dommering-van Rongen, Krediet, afbetaling en colportage, Deventer/Zwolle 1979, p. 27 komt tot de konklusie: 'de uitkomst van een proces over dit punt blijft een onzekere zaak'.

6) De cijfers zijn ontleend aan de Memorie van Toelichting op het ontwerp WCK (zie noot 1), p. 10-12.

ik de hulp van de rechtsvergelijking in. De meest vergaande bescherming van de konsument treffen we aan in de Britse *Consumer Credit Act 1974*. Section 75(1) luidt:

'If the debtor under a debtor-creditor-supplier agreement falling within section 12(b) or (c) has, in relation to a transaction financed by the agreement, any claim against the supplier in respect of a misrepresentation or breach of contract, he shall have a like claim against the creditor, who, with the supplier, shall accordingly be jointly and severally liable to the debtor'.

Iets minder ver gaat section 10 van de Zweedse wet op het consumentenkrediet, in de vertaling van Bernitz en Draper⁷⁾ luidend:

'With respect to credit sales, the buyer may raise the same defenses on the basis of the sale against a creditor's claim for payment as he is entitled to raise against the seller.

In the event of the buyer, on account of the purchase, having a claim against the seller for refund of the price, damages or other payment, the creditor shall be equally liable with the seller for satisfaction of this claim. The creditor shall not, however, be required to pay more than he has received from the buyer as a result of the credit.'

Naast deze bespreking tot het bedrag van het verstrekte krediet komen we in sommige wetten op het consumentenkrediet ook een beperking in de tijd tegen: in sommige Amerikaanse deelstaten kan de koper verweermiddelen terzake van de levering van goederen slechts gedurende drie maanden na de koop aan de financier tegenwerpen.

Weer een andere bepaling is die welke voor de toepasselijkheid van bovenomschreven regels een nauwe band tussen leverancier en financier voorschrijft. Een voorbeeld hiervan is de Franse wet van 10 januari 1978, die eist dat het financieringscontract het gefinancierde goed of de gefinancierde dienst uitdrukkelijk vermeldt⁸⁾. Deze eis wordt in Frankrijk als te knellend ervaren, vandaar dat de kom-

7) U. Bernitz, J. Draper, *Consumer protection in Sweden/Legislation, institutions and practice*, tweede druk, Stockholm 1986, p. 374, 376.

8) J. Calais-Anloy, *Droit de la consommation*, tweede druk Parijs 1986, p. 356.

missie Calais-Auloy⁹⁾ heeft voorgesteld om eerder een band tussen de leverantie van het goed en het verstrekken van het krediet aan te nemen¹⁰⁾.

6.

Dan nu de argumenten van de regering. Het eerste als principieel omschreven argument is dat de kredietkoper boven de contantkoper zou worden bevoordeeld. Dit argument is onjuist, omdat we de positie van de kredietkoper natuurlijk niet moeten vergelijken met die van de contantkoper die reeds betaald heeft, maar met die van de contantkoper die nog niet (geheel) betaald heeft. Welnu, deze laatste heeft in geval van een tekortkoming aan de zijde van de leverancier een opschortingsrecht. Dat wordt zelfs als een zo belangrijke bevoegdheid gezien, dat uitsluiting of beperking ervan bij algemene voorwaarden in konsumententransakties door de regering in wetsvoorstel 16 983 ontoelaatbaar wordt geacht (art. 6.5.2a.3 onder c NBW). Het zou in strijd zijn met art. 6.2.1.4, indien de leverancier aan een en ander zou kunnen ontkomen door overdracht van de vordering tot betaling aan de kredietgever.

Onjuist is ook het tweede principiële argument dat de kredietgever in de verworpen konstruktie als een soort borg voor de handelaar zou optreden. Op zichzelf is deze stelling juist, maar het is geen argument tegen hoofdelijke aansprakelijkheid. In andere landen is het nu juist de gedachte geweest dat een kredietgever zich bij het aangaan van een vaste relatie met een leverancier eerst dient te vergewissen van diens betrouwbaarheid. Dit type onderzoek is voor de kredietgever veel gemakkelijker uit te voeren dan door de kredietkoper.

Wat die relatie betreft, is het natuurlijk de vraag hoe deze in de wet - of rechtspraak - moet worden omschreven. We komen daarmee op

9) J. Rinkes, Recente ontwikkelingen in het Franse consumentenrecht, Tijdschrift voor Consumentenrecht, 1987/2.

10) Rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation (kommissie Calais-Auloy), Parijs 1985, p. 103 e.v., p. 199 e.v.

het praktische bezwaar van de regering. Toegegeven moet worden dat deze omschrijving problemen kan opleveren, getuige de Franse ervaring. De rechtsvergelijking kan er echter toe bijdragen om deze problemen op te lossen.

7.

Ik kom tot de conclusie dat de argumenten tegen introductie van het beginsel van mede-aansprakelijkheid van leverancier en kredietgever in de WCK ondeugdelijk zijn. De bedoelde mede-aansprakelijkheid moet in mijn ogen wel worden ingevoerd. Daarmee zou een einde worden gemaakt aan de thans in de jurisprudentie levende rechtsonzekerheid. Het vraagstuk heeft de laatste twee decennia weliswaar relatief sterk aan betekenis verloren, in absolute getallen leeft het onverminderd voort. Bij de vormgeving van de wettelijke regeling kan aansluiting worden gezocht bij buitenlandse wetgeving en bij de ervaring die daarmee is opgedaan.

TOEREKENING VAN SCHADE

mr P. Neleman

1.

Wil schade voor vergoeding in aanmerking komen, dan moet zij volgens art. 6.1.9.4 in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij aan hem kan worden toegerekend, waarbij mede moet worden gelet op 'de aard van de aansprakelijkheid en van de schade'.

Het is over deze bepaling en in het bijzonder over de tussen aanhalingstekens geplaatste zinsnede dat ik in deze bijdrage nog een enkele opmerking wil maken, waarbij ik mij overigens wel bewust ben van de omstandigheid dat in de afgelopen jaren over dit artikel en over causaliteit in het algemeen al het nodige is gepubliceerd; zonder pretentie van volledigheid vermeld ik, naast de annotaties onder nog nader te noemen arresten van de Hoge Raad en naast de handboeken van Schoordijk en Asser-Rutten-Hartkamp I, de dissertatie van Van Schellen, diens Toerekening naar redelijkheid, Studiepocket Privaatrecht nr. 35, en voorts Schut, *RMTh* 1978, p. 380 e.v., Brunner, *VR* 1981, p. 210 e.v., p. 233 e.v., Kramer, *VR* 1983, p. 269 e.v., en Langemeijer, *Gratia Commercii* (Van Oven-bundel), p. 115 e.v. Deze ruime aandacht hangt, naar het mij voorkomt, hiermee samen dat het bij de regel van art. 6.1.9.4 niet uitsluitend om nieuw en toekomstig recht gaat. Sinds 1970 immers hanteert de Hoge Raad - ofschool niet ieder daar onmiddellijk van overtuigd was, zie met name Rutten in zijn bewerking van Asser, *Verbintenis* uit de wet, tot de 4e druk - voor het vaststellen van causaal verband een minst genomen daarbij nauw aansluitende leer, te weten de door Köster in zijn inaugurele rede naar voren gebrachte en nadien o.m. door Bloembergen verdedigde leer van de redelijke toerekening (zie H.R. 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251, waterwingebied).

Parallel met deze ontwikkeling in de rechtspraak liep de ontwikkeling in het ontwerp nieuw B.W. In het groene boek was nog, overeenkomstig de toen heersende opvattingen, de adaequatieleer neergelegd ('schade die op het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aan-

sprakelijkheid berust, met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien'), maar in de memorie van antwoord wordt gewezen op de door de Hoge Raad, in aansluiting op hetgeen in de literatuur was verdedigd, aanvaarde nieuwe leer, en in het bij de memorie van antwoord gevoegde gewijzigd ontwerp is de huidige tekst van art. 6.1.9.4 opgenomen.

Aldus kan niet worden gesproken van anticiperende interpretatie van de Hoge Raad op dit punt. Wèl is, zoals ook wel in andere gevallen, een aansluiting in formulering te constateren. In het bovengenoemd arrest van 1970 wordt gesproken van schade die niet zo uitzonderlijk is en niet in zo verwijderd verband staat dat 'die schade naar redelijkheid niet - als veroorzaakt door dat ongeluk - ten laste zou mogen worden gebracht van degenen, die krachtens de wet de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeluk draagt'; in het arrest van 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84 (Van Hees/Esbeek, stukgetrokken gasleiding) verwijst de Hoge Raad niet meer naar de redelijkheid - die daarvoor in enkele arresten over causaliteit nog wel was genoemd, maar in de memorie van antwoord in de ban was gedaan (Parl. Gesch. Boek 6, p. 345; vgl. ook Langemeijer, *Gratia Commerci*, p. 117) - terwijl in dat arrest wel uitdrukkelijk de formulering 'aard van de aansprakelijkheid en van de schade' wordt gebezigd. In verband met dit laatste merk ik, tussen haakjes, nog wel op dat reeds in het arrest van 1970, zij het in een andere context, sprake is van oorzaak en aard van de schade.

Naar ik aanneem, is met het arrest van 1977 de rol van de redelijkheid als element voor het vaststellen van causaal verband uitgespeeld, althans in de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad. Opmerkelijk is dat de strafkamer van de Hoge Raad, die in 1978 voor een geval van overlijden in plaats van de voorzienbaarheid van het gevolg het criterium van het redelijkerwijs toerekenen heeft geïntroduceerd (H.R. 12 sept. 1978, *NJ* 1979, 60) vooralsnog aan de redelijkheid is blijven vasthouden; in die zin recentelijk nog H.R. 26 nov. 1985, *NJ* 1986, 368. In dat geval had het hof overwogen dat de mogelijkheid van overlijden aanwezig en niet onvoorzienbaar was; de Hoge Raad zegt dan 'Daarmede heeft het hof kennelijk tot uitdrukking gebracht dat tussen het toebrengen van zwaar lichamelijke letsel door de aan de verdachte verweten handelingen en de dood van het slachtoffer een zodanig verband ... heeft bestaan dat de dood

redelijkerwijs als gevolg van zijn handelen aan de verdachte kan worden toegerekend'.

2.

Ik acht mij ontslagen van de taak hier nog uitvoerig in te gaan op het pro en contra van de adaequatieleer en de leer van de (redelijke) toerekening. Slechts wil ik opmerken dat het belangrijkste bezwaar van de adaequatieleer naar mijn mening is dat door het hanteren van één enkel criterium, te weten dat van de voorzienbaarheid, aanvaardbare resultaten slechts op gewrongen wijze te verkrijgen zijn. Zie daartoe de in de memorie van antwoord bij art. 6.1.9.4 (Parl. Gesch. Boek 6, p. 343-344) gegeven voorbeelden van enerzijds iemand die zonder uit te kijken een weg opdraait waar per dag slechts enkele auto's passeren, en daar niettemin een aanrijding krijgt, tegenover het geval dat iemand een aanrijding veroorzaakt op een drukke auto-weg. In het eerste geval is de voorzienbaarheid van de schade miniem, in het tweede geval daarentegen is het in hoge mate voorzienbaar dat velen schade als gevolg van oponthoud zullen lijden; nochtans is aansprakelijkheid in het eerste geval niet twijfelachtig, terwijl in het tweede geval veelal wordt aangenomen dat geen aansprakelijkheid bestaat.

Tegen de enkele vervanging van het criterium van voorzienbaarheid door dat van toerekening zou terecht als bezwaar kunnen worden aangevoerd dat - ook - dan sprake is van een nietszeggende maatstaf, een lege huls, zeker als de redelijkheid daarbij geen uitdrukkelijke rol speelt. Het ligt dan ook voor de hand dat, gelijk ook door de Hoge Raad in een aantal andere gevallen van toepassing van vage normen wordt verlangd, de maatstaf nader wordt ingevuld aan de hand van gezichtspunten waarop de rechter bij de toepassing van die maatstaf heeft te letten. Reeds de oratie van Köster somt een aantal van die gezichtspunten op en hetzelfde doet art. 6.1.9.4 met de formulering 'mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade'.

3.

Met deze formule zijn we er echter nog niet. In de eerste plaats zijn

er blijktens het woord 'mede' kennelijk nog andere elementen dan alleen de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, die van belang zijn voor de vraag of toerekening moet plaatsvinden. Een voorbeeld daarvan is al direct te vinden in de memorie van antwoord, waar gezegd wordt dat in dit kader ook wat naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk was, een rol zal kunnen blijven spelen. Anders gezegd: de voorzienbaarheid is bij de causaliteitsvraag niet geheel uitgeschakeld, zij is slechts haar unieke plaats kwijtgeraakt.

In de tweede plaats zijn de wèl in de wet tot uitdrukking gebrachte begrippen aard van de aansprakelijkheid en aard van de schade ook nogal vaag; het zal zeker op zichzelf wel mogelijk zijn verschillende vormen van aansprakelijkheid en verschillende soorten van schade te onderscheiden, maar een volgend, moeilijker punt is dat dan ook nog moet worden aangegeven welke betekenis deze onderscheidingen hebben voor de toerekeningsvraag. De wettelijke gezichtspunten moeten derhalve op hun beurt worden uitgewerkt, zowel door de wetenschap als in de rechtspraak. In dit verband merk ik op dat het voor de verdere uitbouw van het leerstuk van de causaliteit van belang is dat de rechter in voorkomend geval niet volstaat met het overnemen van de wettelijke formule, maar motiveert in welk opzicht en waarom de door hem gehanteerde, met zoveel woorden aan te duiden, gezichtspunten al dan niet tot toerekening leiden.

4.

Is nu iets over de nadere uitwerking van die wettelijke gezichtspunten te zeggen? Stellig wel, en het is ook een aantal malen geschied: ik verwijs daarvoor naar de uitvoerige beschouwingen van Schut in zijn artikel De aard van de aansprakelijkheid en van de schade, *RMTh* 1978, p. 380 e.v., van Brunner in zijn artikel Causaliteit en toerekening van schade in *VR* 1981, p. 210 e.v., p. 233 e.v., alsmede naar Langemeijer, Causaliteit und kein Ende, in *Gratia Commercii* (Van Oven-bundel), p. 115 e.v., en naar Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 433. Zij allen zetten verschillende categorieën van aansprakelijkheid en verschillende soorten van schade naast en tegenover elkaar en zij noemen daarnaast ook nog andere omstandigheden die voor de beoordeling van de causaliteitsvraag van belang zijn, maar niet of moeilijker in het kader van de wettelijke gezichtspunten zijn in

te passen. Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad vallen enige contouren te ontdekken. De kleuren van het palet zijn aldus wel ongeveer bekend, maar of de menging in een concreet geval zwart of wit zal opleveren is daarmee nog niet steeds duidelijk.

Het bestek van deze bijdrage laat niet toe dat ik de beschouwingen van genoemde schrijvers aan een vergelijkend en kritisch onderzoek onderwerp in een poging op basis daarvan weer een nieuw en eigen systeem te ontwerpen. Trouwens die beschouwingen bevatten veel gemeenschappelijks, waar ik het graag mee eens ben. Ik volsta dan ook met enkele kanttekeningen, waarbij ik in hoofdzaak het door Brunner ontworpen schema (zie *VR* 1981, p. 234) tot uitgangspunt zal nemen.

Daaraan voorafgaand maak ik echter nog een enkele opmerking.

In de eerste plaats verdient de aandacht dat, zoals ook in de memorie van antwoord tot uitdrukking wordt gebracht (zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 344), de toerekeningsvraag op verschillend niveau een rol kan spelen, zowel met betrekking tot de vestiging als met betrekking tot de omvang van de aansprakelijkheid. Dit onderscheid tussen vestiging en omvang doet zich vooral voor wanneer sprake is van een aantasting van lijf en goed, waarbij men zich dus de vraag kan stellen, vooreerst of de geconstateerde aantasting, bijv. het letsel, het gevolg is van de onrechtmatige handeling (vgl. ook de hiervoor aangehaalde strafarresten van de Hoge Raad), en vervolgens welke gevolgen van het letsel nog als door het ongeval veroorzaakt aan de dader kunnen worden toegerekend (vgl. bijv. *H.R.* 8 febr. 1985, *NJ* 1986, 137, *AA* 1985, 417, *renteneurose*). Beide vragen kunnen door dezelfde toerekeningsgezichtspunten worden beheerst, maar dit behoeft niet het geval te zijn. Voorts valt hierbij nog te bedenken dat in vele gevallen waarin theorie zowel de vraag van vestiging als die van omvang van aansprakelijkheid aan de orde zou kunnen komen, het debat in feite beperkt blijft tot een van deze aspecten, omdat over het andere in redelijkheid niet verschillend kan worden gedacht.

Een tweede preliminaire opmerking is dat de verschillende gezichtspunten die voor de beoordeling van de toerekeningsvraag van belang zijn steeds, zo veel mogelijk, in onderling verband en samenhang moeten worden gezien. Het is niet voldoende uitsluitend naar de aard van de aansprakelijkheid of naar de aard van de schade te kijken, maar deze - en andere - gezichtspunten moeten in het con-

crete geval in relatie tot elkaar worden gezien (een fraai voorbeeld daarvan is te vinden in H.R. 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509, Amercentrale). Dit levert geen grote moeilijkheden op als de verschillende gezichtspunten alle in dezelfde richting wijzen, maar als dat niet het geval is, moet een afweging worden gemaakt. Stel dat men van oordeel is dat opzettelijk handelen in de richting van toerekening wijst, terwijl men anderzijds stagnatieschade van weggebruikers, als te ver verwijderd, een vorm van schade vindt die in tegenovergestelde richting wijst, hoe moet dan geoordeeld worden over stagnatieschade als gevolg van een blokkade van een belangrijk kruispunt door actievoerders? Het antwoord op deze vraag laat ik nu daar, mede omdat dat kan afhangen van nog andere bijzonderheden van het geval, maar van belang is dat ook in een dergelijk geval de rechter in zijn uitspraak duidelijk rekenschap geeft van zijn afweging en van de factoren die hij daarin heeft betrokken. Voor alle duidelijkheid nog: vanzelfsprekend kunnen of moeten niet in alle gevallen alle in de verschillende beschouwingen naar voren gekomen gezichtspunten in de afweging aan de orde komen; vgl. H.R. 8 maart 1985, *NJ* 1986, 437, r.o. 3.3.

5.

Als we thans onze aandacht richten op de afzonderlijke gezichtspunten, valt in de eerste plaats op te merken dat de aard van aansprakelijkheid op verschillende wijzen kan worden onderscheiden; zie bijv. de door Hartkamp in Asser-Rutten-Hartkamp I nr. 433 genoemde onderscheidingen, waarbij hij echter niet met zo veel woorden aangeeft welke betekenis aan elk van die onderscheidingen voor het al dan niet toerekenen moet worden gehecht (al laat zich dat in de meeste gevallen wel vermoeden!).

Wellicht van meer betekenis dan in elk geval een aantal van deze onderscheidingen is evenwel een notie die daarnaast staat of daar zelfs dwars doorheen loopt: het is primair van belang, zoals Brunner het uitdrukt, het beschermingsdoel en de beschermingsomvang vast te stellen van de norm waarop de aansprakelijkheid berust.

Zie het al genoemde arrest H.R. 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 (Amercentrale): art. 1405 heeft de strekking te voorkomen dat derden, doordat zij niet kunnen achterhalen wie schuld heeft aan de instorting van het gebouw, van schadevergoeding verstoken blijven,

en wijst daarom de eigenaar aan als degene tegen wie zij in ieder geval hun vordering kunnen richten; hierin kan dan volgens de Hoge Raad eerder grond worden gevonden voor een ruime dan voor een enge opvatting van de omvang van de aansprakelijkheid (zie echter ook hierna).

Een ander voorbeeld is nog te vinden in H.R. 2 nov. 1979, *NJ* 1980, 77 (Versluit), waarin de Hoge Raad onderscheid maakt tussen de aansprakelijkheidsgrond in dat geval en overtreding van veiligheids- resp. verkeersnorm die 'in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- en arbeidsongevallen' en waarbij rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen.

Nog een ander voorbeeld. Volgens de toelichting op het toenmalige art. 6.3.11, thans art. 6.3.2.8, is de grondslag voor aansprakelijkheid voor dieren het gevaar dat in zoverre in ieder dier schuilt dat de eigen energie van het dier een onberekenbaar element vormt (Parl. Gesch. Boek 6, p. 763). In het, thans wel wat gedateerde, geval dat een kermishond door zijn talenten klanten van een concurrerend kermisbedrijf wegtrekt (Hofmann-Drion-Wiersma, p. 266) zou dus, als men de aansprakelijkheid niet reeds op andere grond uitgesloten zou achten, geen grond voor toerekening van deze aldus berokkende schade bestaan. Anderzijds: de term 'gevaar' in de toelichting zou kunnen doen denken dat het hier om een veiligheidsnorm gaat, waarbij in het bijzonder letsel en zaakschade en de daaraan verbonden gevolgen voor toerekening in aanmerking komen. Een beperking daartoe is echter blijkens de memorie van antwoord niet bedoeld (Parl. Gesch. Boek 6, p. 766): aansprakelijkheid kan bijv. ook bestaan voor bedrijfsschade doordat een losgebroken dier het laden en lossen van een schip of vliegtuig belet.

Ook al kan risico-aansprakelijkheid verschillende grondslagen hebben en kan dus uit de enkele omstandigheid dat in een wetsbepaling een risico-aansprakelijkheid is neergelegd, niet zonder meer worden afgeleid welke strekking die bepaling heeft, niettemin kan in het algemeen worden aangenomen dat voor zonder schuld veroorzaakte schade een nauwer verband wordt vereist dan bij toepassing van art. 1401. Ook dit gezichtspunt is neergelegd in het Amercentrale-arrest en, na afweging tegen het hierboven vermelde gezichtspunt dat tot een ruime toekenning zou leiden, heeft dat uiteindelijk voor de Hoge Raad zwaarder gewogen.

Dit laatstvermelde gezichtspunt zal dan m.i. ook behoren te gelden voor de in art. 6.3.1.1 lid 3 bedoelde gevallen, waarin een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend op grond van een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, in die zin dat ook dan een nauw verband op zijn plaats is. Anderzijds zal mogen worden aangenomen dat in geval van opzettelijk handelen een ruimere toekenning gerechtvaardigd is; aldus ook Langemeijer, Gratia Commercii, p. 117.

De hier weergegeven zienswijze brengt intussen wel mee dat het, ook als een risico-aansprakelijkheid bestaat, van belang kan zijn de vordering zo mogelijk tevens (primair) te baseren op schuldaansprakelijkheid van de aangesproken persoon (of een ander).

6.

In het voorgaande is al gebleken van een verband tussen (aard van) de aansprakelijkheid en de schade: uit bijv. het Versluis-arrest blijkt dat de strekking van de norm van betekenis is voor de vraag of en in hoeverre toerekening moet plaatsvinden. Men kan dit ook zo uitdrukken dat bij gevolgen die typisch passen bij een bepaalde vorm van aansprakelijkheid toerekening eerder gerechtvaardigd zal zijn dan wanneer het gaat om voor die vorm van aansprakelijkheid atypische, uitzonderlijke gevolgen. Men vindt dit tot uitdrukking gebracht in bijv. het Amercentrale-arrest ('typische gevolgen van instorting van een gebouw'), maar ook reeds in het waterwingebied-arrest van 1970 ('schade die niet zo uitzonderlijk is'). Wanneer het dus gaat om veiligheids- of verkeersnormen zal in geval van letsel of zaakschade een ruime toerekening van de daaruit voortvloeiende gevolgen kunnen plaatsvinden, maar dit zal, evenals in het Versluis-arrest, anders zijn wanneer het letsel voorkomt uit schending van een norm die strekt tot bijv. het tegengaan van oneerlijke concurrentie (men denke aan het geval dat de beconcurrerende winkelier door de zorgen over het verlopen van zijn zaak een hartaanval krijgt): dan is er geen sprake van een typisch, maar veeleer van een uitzonderlijk gevolg.

Deze beschouwingswijze ligt heel dicht tegen de relativiteitsleer aan en zij zal in een aantal gevallen tot hetzelfde resultaat leiden. Ik acht dit geen bezwaar. Zo ergens, kan men op grond van de onrechtmatige daad constateren dat de verschillende begrippen communicerende vaten zijn en dat dan ook verschillende benaderingswijzen tot

eenzelfde resultaten kunnen leiden (vgl. voor relativiteit en causaliteit reeds H.R. 28 febr. 1929, *NJ* 1929, 905, Intercueros, alsmede H.R. 14 maart 1958, *NJ* 1961, 570, stukgevlagen hoogspanningsleiding).

Naast het al dan niet typische karakter van de schade gezien in relatie tot de aard van de aansprakelijkheid, kan nog een ander verband worden aangewezen, dat van belang is voor de toerekeningsvraag. Staat de schade in een ver verwijderd verband tot de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dan is er minder grond voor toerekening dan wanneer er een nauw verband bestaat. Van een verwijderd verband kan sprake zijn in geval van tweede of verdere graads-schade, maar ook bijv. bij schade die pas geruime tijd na de gebeurtenis is ontstaan: aan het tijdsverloop was in de zaak-Versluis door het hof mede betekenis toegekend.

Men kan ook verschillende vormen van schade op zichzelf, dus los van hun verband met de (aard van de) aansprakelijkheid beschouwen. Aangenomen wordt dan dat bij dood of letsel ruimere toekenning behoort plaats te vinden dan bij zaakschade, bij zaakschade weer ruimer dan in geval van vermogensverlies (extra kosten en uitgaven) en daar weer eerder dan bij gederfde winst; zie Brunner, *VR* 1981, p. 216. Dit lijkt mij in zijn algemeenheid juist. In elk geval kan worden geconstateerd dat bij letsel zeer ruime toerekening plaatsvindt; dit blijkt vooral uit de arresten betreffende een predispositie van het slachtoffer - waarbij overigens nog wel opmerking verdient dat die predispositie volgens de Hoge Raad een factor kan vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade; zie H.R. 8 febr. 1985, *NJ* 1986, 136 en 137, *AA* 1985, 417.

In dit verband zou dan ook nog de m.i. voor de hand liggende opmerking kunnen worden gemaakt dat in geval van schade bestaande in aantasting van onrechtmatige belangen een minder ruime toerekening passend lijkt dan wanneer het gaat om rechtmatige belangen.

7.

Wie het voorgaande legt naast de beschouwingen van Brunner in zijn artikel in *VR* 1981, zal zien dat ik tot zover grotendeels met hem instem. Wat meer aarzeling heb ik evenwel ten aanzien van enkele andere door hem, overigens tentatief, genoemde gezichtspunten.

Ik zou nog willen meegaan met zijn onderscheid of de schade is veroorzaakt in de uitoefening van een bedrijf dan wel als particulier,

waarbij dan in het eerste geval een ruimere toekenning zou moeten plaatsvinden. Hetgeen hij als ratio voor deze onderscheiding noemt, te weten het winsttoegmerk bij bedrijfsmatige activiteiten, spreekt mij wel aan. Wat meer moeite heb ik met de inpassing in een tussenpositie van in de beroepsuitoefening toegebrachte schade: gelet op de ratio zou ik eerder geneigd zijn deze op één lijn te plaatsen met de in de uitoefening van een bedrijf veroorzaakte schade. Hoe dit zij, in deze gedachte zou ook passen, min of meer als tegenhanger, dat een beperktere toerekening gerechtvaardigd is, indien sprake is van belangeloze dienstverlening door de aansprakelijke persoon, bijv. in geval van kosteloos meerijden (vgl. in soortgelijke zin Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 433).

Of, zoals Brunner zich afvraagt, de draagkracht van dader en gelaedeerde van belang is voor de toerekening, betwijfel ik sterk; daarvoor zal eerder het mechanisme van de matiging van de schadevergoeding moeten worden gehanteerd (art. 6.1.9.12a), maar toegegeven moet worden dat niet is uitgesloten dat dit element - onbewust - ook bij de bepaling van de (omvang van de) schadevergoeding een rol kan spelen. Wèl zou ik mij kunnen voorstellen dat verzekering aan de ene of de andere zijde, of een daartoe strekkend maatschappelijke gebruik, van belang kan zijn; in die zin ook Schoordijk, p. 242; zie voorts Van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, nr. 44.

8.

Art. 6.1.9.4 geeft een regel voor wat men causaal verband pleegt te noemen. Die regel is qua formulering beperkt tot het verband dat moet bestaan tussen een gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, en de schade, wil deze voor vergoeding in aanmerking komen. Er zijn evenwel nog andere gevallen waarin causaal verband vereist is, zo bijv. in deze afdeling art. 6.1.9.5 (voordeelstoerekening) en art. 6.1.9.6 (eigen schuld benadeelde). Dat doet de vraag rijzen of ook in dergelijke gevallen voor de vaststelling van het causaal verband de toerekening doorslaggevend is, en of men daarbij op soortgelijke wijze als bij art. 6.1.9.4 met - vergelijkbare - gezichtspunten zal kunnen werken, of anders gezegd, dit artikel analogisch van toepassing is. M.i. moet deze vraag in beide onderdelen bevestigend worden beantwoord. Het zou mij weinig logisch voorkomen als in die gevallen een ander causaliteitscriterium - welk? - zou moeten worden gehanteerd.

Daarbij valt ook nog te bedenken dat in een aantal gevallen van eigen schuld van de benadeelde op dezelfde grond aansprakelijkheid van hem jegens de ander bestaat, bijv. in geval een aanrijding waarbij beide partijen een verkeersfout hebben gemaakt. In de tekst van beide genoemde artikelen is geen beletsel voor deze benadering te vinden. Zie hierbij ook Asser-Rutten-Hartkamp, nrs. 444 en 452.

9.

Ter afsluiting nog dit. In het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad na 1970 is het toch wel opmerkelijk dat verdedigd wordt dat de Hoge Raad misschien wel lippendienst bewijst aan de leer van de (redelijke) toerekening, maar in feite nog steeds het criterium van de redelijkerwijze voorzienbaarheid dat van de verhoogde objectieve mogelijkheid hanteert. Aldus nog Kramer, *VR* 1983, p. 269 e.v. Nog afgezien van het feit dat in het licht van hetgeen met name Köster en Bloembergen hebben verdedigd, een louter terminologische koerswijziging van de Hoge Raad weinig voor de hand ligt - in dit verband verwijs ik ook nog naar het arrest van de strafkamer van 26 nov. 1985, *NJ* 1986, 368, hierboven in nr. 1 aangehaald, in welk arrest de Hoge Raad zich moeite de voorzienbaarheidstoets van het hof om te zetten in redelijke toerekening - kan men tot dat resultaat uitsluitend komen door een wel zeer elastisch gebruik van de begrippen voorzienbaarheid en verhoging van de objectieve mogelijkheid. Zoals uit het voorgaande gebleken moge zijn, kan ik met deze benadering van het causaliteitsprobleem niet instemmen: m.i. geeft de nieuwe benadering van de Hoge Raad en van art. 6.1.9.4 niet alleen betere mogelijkheden om tot goede resultaten te komen, maar ook om de beslissingen omtrent het causaal verband goed en duidelijk te motiveren, door duidelijk te laten zien waarop het voor de vraag of er al dan niet moeten worden toegerekend aankomt. Maar, zoals al eerder opgemerkt, om tot een goede uitbouw van de nieuwe leer te komen moet dit laatste dan ook wel gebeuren.

MOTORRIJTUIGAANSPRAKELIJKHEID

EEN BOTSING VAN BELANGEN

Ruim zestig jaar Barbertje moet hangen

prof. mr A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck

"These are major questions about the relevance or viability of a system largely based on litigation in an environment in which motor vehicle usage is very widespread". (Government statement on Transport Accident Compensation Reform, Melbourne, Victoria, 1956).

1. Inleiding

In 1925 werd de Motor- en Rijwielwet, die dateerde van 1905, uitgebreid met een nieuw art. 25, een bepaling die de voorloper zou worden van het in 1935 tot stand gekomen, hoewel pas in 1951 in werking getreden art. 31 van de Wegenverkeerswet¹⁾. Al ongeveer 62 jaren heeft die regeling het tot dusverre uitgehouden en het mag eigenlijk verwondering wekken dat critiek op die in veel opzichten sterk verouderde bepaling in het algemeen beperkt bleef tot een kleine kring van experts in het verkeersrecht²⁾, maar ondanks de ernstige bezwaren die daartegen zijn in te brengen, niet algemeen is geworden.

Het voornaamste doel van dit opstel is niet zozeer de critiek hier nog eens te herhalen. Veeleer wil ik achtereenvolgens eerst het in

1) Zie voor de parlementaire geschiedenis van de artt. 25 MRW en 31 WWV J.H. Ekering, Motorrijtuig en aansprakelijkheid naar Nederlandsch burgerlijk recht, Amsterdam 1941, p. 32-38.

2) Zie voor een overzicht van deze critici, Onrechtmatige daad V (Bouman) 207. De belangrijkste van deze is zeker A.R. Bloembergen (Leiden 1965-1979) die in twaalf publicaties pleitte voor afschaffing en later voor een grondige hervorming van het (verkeers)ongevallenrecht. Een zeer uitvoerige internationale literatuurstudie is te vinden bij D. Simoens, Vergoeding voor verkeersslachtoffers, naar een grondige hervorming, Antwerpen/Amsterdam 1979, dat ik in RMTh 1981, p. 333 e.v. bespreek. Een korte weergave van de bezwaren is te vinden in mijn rede, Verkeersverzekering, VU/Alphen a/d Rijn 1977, p. 7-8.

1961 voorgestelde artikel 6.3.14 bespreken, dat voorbestemd was het toen al verouderde art. 31 WVW te vervangen; achtereenvolgens wil ik in het kort een aantal hoofdlijnen schetsen van de rechtspraak over art. 31 WVW, waarbij ik met name aandacht zal besteden aan de evolutie die daarin te bespeuren valt op het stuk van het doel van die regeling. Het denken van de Hoge Raad is hier immers duidelijk gegaan van een op de eigenaar/houder naar een op het slachtoffer gerichte benadering. Dan wil ik uw blik richten op de verschillende voorstellen die na 1961 zijn gedaan met het doel om de regeling van de verkeersaansprakelijkheid te verbeteren. Daarbij zal ik niet alleen op Nederlandse denkbeelden acht slaan maar de blik ook richten op ontwikkelingen binnen en buiten Europa (de VS, Frankrijk, Zweden, Australië). Tenslotte zal ik pogen een oordeel te geven over de vraag of art. 31 WVW slooprijp is, danwel opgelapt kan worden om nog tot in lengte van jaren te dienen als voertuig voor de (partiële) regeling van de verkeersaansprakelijkheid. Voor het geval mijn conclusie zou zijn dat art. 31 ondeugdelijk is, rust op mij uiteraard tevens de verplichting om uiteen te zetten hoe een regeling van verkeersschade die wèl adequaat is er uit zou moeten zien.

2. Kritiek

Van degenen die hier te lande ernstige kritiek hebben geleverd op het aansprakelijkheidsrecht als middel om de vergoeding van de schade van verkeersslachtoffers te bewerkstelligen is Bloembergen³⁾ de belangrijkste. Zijn eerste kritiek op het bestaande aansprakelijkheidsrecht uitte hij in zijn Leidse oratie 'Naar een nieuw ongevalrecht' (1965), dat een vervolg kreeg in zijn preadvies voor de NJV over de vraag 'Dient de wettelijke aansprakelijkheid bij verkeersongevallen vervangen te worden door een stelsel van verzekering?'. Beide geschriften mondden uit in dezelfde conclusie, nl. dat het bestaande verkeersongevallenrecht dermate slecht beantwoordde aan de eisen die aan een dergelijk stelsel kunnen worden gesteld, dat algehele afschaffing de enige remedie was. In geheel andere zin beantwoordde zijn

3) Zie noot 2 en voorts zijn conclusie als waarnemend A-G voor HR 6-2-1987, RvdV 1987, 48 m.n. 6.5.

mede-leadadviseur Bongers de hem voorgelegde vraag. Naar zijn mening waren de regels van het aansprakelijkheidsrecht, met inbegrip van art. 31 WvW, weliswaar niet geheel vrij van gebreken, maar het zou betrekkelijk eenvoudig zijn deze door wetwijziging te verhelpen. Restauratie, niet algehele renovatie, was zijn advies aan de vergadering. In de stemming over de aan haar voorgelegde vraagpunten kreeg Bloembergen vrijwel geen medestanders: voor zijn voorstellen (afschaffing van verkeersaansprakelijkheid en gedeeltelijke financiering personenschade veroorzaakt door verkeersongevallen d.m.v. een belastingheffing via een verkeersfonds) stemden slechts 7 leden; daartegen een overgrote meerderheid. Maar een teken aan de wand was dat 87 leden hun stem uitbrachten tegen de voorstellen van Bongers tot handhaving van de hoofdzaken van het geldende aansprakelijkheidsrecht en maar liefst 50 leden het eerste vraagpunt steunden tot bevestigende beantwoording van de aan de leadadviseurs en aan de vergadering voorgelegde vraag (vervanging van dat aansprakelijkheidsrecht door een verkeersverzekering). Dat laatste was des te opmerkelijker omdat deze voorstemmers het moesten doen zonder steun van een der leadadviseurs, zodat slechts de argumenten die tijdens de debatten waren aangedragen op hun stemgedrag invloed hadden kunnen uitoefenen⁴⁾.

3. Art. 6.3.14 NBW, het nieuwe art. 31 WvW

Betrekkelijk kort voor de NJV-vergadering was in 1961 het (voor)ontwerp voor boek 6 van het NBW verschenen van de hand van het driemanschap, J. Drion, G. de Grooth en F.J. de Jong. Daarin was als art. 6.3.14 een nieuwe regeling geformuleerd van de materie die nu in art. 31 WvW is opgenomen. Die regeling ademt de geest van het latere leadadvies van Bongers, maar brengt meer vernieuwingen dan deze zou voorstellen. De Toelichting⁵⁾ voert als reden voor de voorgestelde wijzigingen allereerst aan dat drie Europese landen de laatste

4) Vóór dit eerste vraagpunt verklaarden zich tijdens de debatten: M. Rood, Van Marwijk Kooij (m.u.v. zaakschade), P. Swart, P. Stein en ikzelf. Ook H.K. Köster had zich gekeerd tegen de vraagpunten 2 (Bloembergen) en 3 (Bongers), maar had een eigen alternatief (in de debatten wel aangeduid als vraagpunt 4) aangedragen.

5) Toelichting bk. 6 NBW, p. 691; PG bk. 6, p. 772-773.

jaren hun wetgeving op dit stuk hebben vernieuwd en in de tweede plaats dat de invoering van de nieuwe verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen tot nadere overweging van de aansprakelijkheidsregels noopt. Het voorgestelde art. 6.3.14 bevat een aantal vernieuwingen ten opzichte van zijn voorganger die ik als evenzovele verbeteringen beschouw. Nu de minister van Justitie in de MvT bij wetsontwerp 17 541 Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW (vijfde gedeelte) nr. 8, p. 62 heeft verklaard dat "is besloten ... dat artikel 31 WvW gehandhaafd zal worden" lijkt het op zijn allerminst geboden het daarbij niet te laten, maar te overwegen of de voorstellen van 1961 niet alsnog zouden moeten worden ingevoerd.

Het voorgestelde artikel luidde als volgt:

1. Onverminderd het in de voorgaande artikelen bepaalde is de bezitter van een motorrijtuig dat in het verkeer schade aan personen of zaken buiten dat motorrijtuig toebrengt, aansprakelijk, indien dat ongeval is te wijten aan een gebrek van het motorrijtuig of aan een fout van iemand aan wie het door de bezitter werd toevertrouwd. Artikel 8 lid 2 is van overeenkomstige toepassing⁶⁾.
2. Ook zonder dat een gebrek of een fout als bedoeld in het vorige lid komt vast te staan, is de bezitter aansprakelijk indien het gevaar dat een motorrijtuig in beweging oplevert voor personen of zaken, zich bij zijn motorrijtuig heeft verwezenlijkt, behalve voor schade toegebracht aan motorrijtuigen die aan het verkeer deelnemen, of aan daarmee vervoerde personen of zaken.
3. De eigenaar van een motorrijtuig wordt vermoed de bezitter te zijn. Medebezitters zijn hoofdelijk aansprakelijk.
4. Bij motorrijtuigen waarvoor een kentekenbewijs is afgegeven, is degene op wiens naam dat bewijs gesteld is, de aansprakelijke persoon, tenzij hij onvrijwillig het bezit van het motorrijtuig had verloren.
5. Bij toepassing van art. 6.1.9.6 gelden omstandigheden waarvoor de bezitter of kentekenhouder aansprakelijk is jegens de schuldenaar, als omstandigheden die ook aan de eigenaar van het motorrijtuig of van de zich daarin bevindende zaken kunnen worden toegerekend".

Op zijn minst opmerkelijk mag heten dat Bongers in zijn NJV-advies (1967) aan het hier voorgestelde nieuwe artikel geen aandacht heeft gegeven. Dat Bloembergen zulks evenmin deed ligt, gezien de

6) Art. 6.3.8 lid 2 hield een regel in die nu is opgenomen in art. 6.3.1.2b: een geestelijke of lichamelijke tekortkoming levert geen grond op voor disculpatie.

strekking van zijn betoog, veel meer voor de hand. Laten we nu bezien in welk opzicht art. 6.3.14 verbeteringen inhoudt ten opzichte van art. 31 WVW. Ik tel er zo te zien acht⁷⁾.

(1) Het nieuwe artikel beperkt zich niet tot verkeersongevallen waarbij niet gemotoriseerde verkeersdeelnemers schade lijden. De aansprakelijkheid van lid 1 strekt zich uit tot alle schade die in het verkeer met of door een motorrijtuig is toegebracht, indien slechts is voldaan aan de eis dat de schade is te wijten aan een gebrek van het motorrijtuig of aan een fout van degene aan wie het was toevertrouwd. Met 'fout' wordt hier, evenals in de artt. 6.3.2.1 t/m -4 bedoeld op een toerekenbare onrechtmatige daad van de bestuurder of de inzittende die de schade veroorzaakte. Ik acht deze regeling in tweeërlei opzicht een verbetering. (a) De eigenaar/houder van art. 31 is thans slechts aansprakelijk voor fouten van de bestuurder die hij deed of liet rijden. De groep van personen bedoeld in lid 1 van art. 6.3.14 is ruimer. (b) De kring van potentiële slachtoffers dat een beroep kan doen op deze regeling is veel ruimer dan die welke kan profiteren van de bescherming van art. 31 WVW. Daar is in lid 7 de aansprakelijkheid van lid 1 uitgesloten voor schade toegebracht aan andere motorrijtuigen in beweging, aan personen en lading die zich in of op die motorrijtuigen bevinden en aan loslopende dieren. Hier kent lid 1 slechts de beperking dat schade moet zijn toegebracht aan personen en zaken buiten het motorrijtuig; alleen passagiers en ladingbelanghebbenden van het 'eigen' motorrijtuig kunnen van de rechtsbescherming van lid 1 niet profiteren. Een onbevredigend arrest als dat van de openklappende motorkap van het DAFje⁸⁾ zou onder vigeur van art. 6.3.14 niet geweest zijn. Daar nam de HR in een geval dat zeer veel overeenstemming vertoonde met het torenbout-arrest⁹⁾ bevrijdende overmacht aan met als gevolg dat de eigenaar (en de aansprakelijkheidsverzekeraar) van de DAF niet aansprakelijk was voor de botsing die het gevolg was van het plotseling omhoogwaaien van de motorkap, terwijl de eigenaar van de auto met de defecte torenbout

7) De Toelichting bk. 6 NBW, p. 691-697; PG bk. 6, p. 773-779 komt tot vijf verschilpunten.

8) HR 7-4-1967, NJ 1967, 282; VR 1967, 109 m.nt. P.

9) HR 16-4-1942, NJ 1942, 394.

zich niet kan beroepen op 'overmacht' in de zin van lid 1 van art. 31 WVW.

(2) De tweede verbetering die ik signaleer is minder ingrijpend dan de eerste: art. 6.3.14 beperkt zich niet tot schade die direct of indirect¹⁰⁾ het gevolg is van een 'botsing, aan- of overrijding'. Op dezelfde wijze als in het nieuwe 'aanvaringsrecht' aanvaring niet langer noodzakelijke voorwaarde is voor het intreden van aansprakelijkheid van de eigenaar van een schip¹¹⁾, zo is ook hier niet méér vereist dan dat het motorrijtuig 'in het verkeer' schade aan personen of zaken buiten dat motorrijtuig toebrengt.

(3) Het derde verschilpunt met de huidige regeling is de eliminatie van het begrip 'overmacht' dat in art. 31 lid 1 voorkomt en dat veelvuldig aanleiding gaf tot interpretatiegeschillen mede omdat het een betekenis had die ingrijpend afweek van het begrip overmacht, in de zin waarin dat wordt gehanteerd bij de toepassing van de aansprakelijkheid die op art. 1401 gebaseerd is. Die overmacht komt in het voorgestelde art. 6.3.14 niet meer voor. Daarentegen is het geval van overmacht dat in de rechtspraak is aanvaard, t.w. het gebrek van het motorrijtuig, gecodificeerd. Datzelfde is gebeurd met ook nu nog de omstreden vraag of een lichamelijke of geestelijke tekortkoming van de bestuurder al dan niet mede een fait d'excuse oplevert. De tekst zowel als de toelichting op lid 1¹²⁾ laat er geen twijfel over bestaan dat zo'n gebrek de aansprakelijkheid van de bezitter/kentekhouder niet opheft.

Ook zonder een dergelijke verwijzing zou, bij gelijktijdige invoering van een op de voet van het hier besproken art. 6.3.14 vernieuwd art. 31 WVW, een dergelijke regel waarschijnlijk reeds gelden op grond van overeenkomstige toepassing van art. 6.3.1.2b NBW. Ook daar is immers reeds bepaald dat een gebrekkige geestelijke of lichamelijke toestand er niet aan in de weg staat een daad aan de be-

10) HR 23-11-1939, NJ 1940, 265.

11) De artt. 8.6.1.3 en 8.11.1.3 verklaren het in de desbetreffende afdelingen bepaalde mede van toepassing indien schade door een schip veroorzaakt is zonder dat een aanvaring plaats had.

12) Toelichting bk. 6 NBW, p. 693; PG bk. 6, p. 775.

trokkene toe te rekenen. Nu voorts de term 'fout' in lid 1 van art. 6.3.14 mag worden opgevat als een aan de dader toe te rekenen onrechtmatige daad, lijkt een toevoeging in de geest van de laatste volzin van lid 1 slechts nodig wanneer art. 6.3.14 afzonderlijk van het NBW, bijv. door wetwijziging van de WVW, zou worden ingevoerd, iets waarvan ik geen voorstander zou zijn.

(4) Een der allerbelangrijkste vernieuwingen die art. 6.3.14 brengt is zonder twiifel die van lid 2. Hier wordt een geheel nieuwe aansprakelijkheidsgrond in ons aanrijdingsrecht geïntroduceerd, te weten - in de termen van onze Oosterburen - die van het *Betriebsgefahr*. Wanneer het gevaar dat een motorrijtuig in beweging oplevert zich verwezenlijkt is de eigenaar van dat motorrijtuig aansprakelijk voor de schade aan personen of zaken, met uitzondering van die welke is toegebracht aan motorrijtuigen die aan het verkeer deelnemen of aan personen of zaken die daarmee worden vervoerd. Daar waar lid 1 zich mede uitstrekt tot schade aan het gemotoriseerde verkeer, beperkt lid 2 zich tot de schadecategorieën die ook door art. 31 WVW worden afgegrensd. Lid 7 van art. 31 WVW komt in lid 2 derhalve in een gewijzigd jasje terug. Het is de vraag of de ontwerpers van lid 2 daarmee op op de goede weg zijn. Laat ik vooropstellen dat ik de introductie van de aansprakelijkheid wegens *Betriebsgefahr* toejuich. Een dergelijke aansprakelijkheid die niet slechts met gebreken van het motorrijtuig of met fouten van de bestuurder of andere inzittenden, maar ook met het vaak aanzienlijke risico rekening houdt dat wordt gecreëerd door het veelal grote arbeidsvermogen van beweging dat wordt gegenereerd door motorrijtuigen in beweging, kan rekenen op mijn steun en sympathie. Bij een botsing tussen een lijnbus en een fietser zijn er meer factoren in het spel die de aansprakelijkheid (mede) bepalen dan eventuele fouten aan weerszijden¹³⁾.

Maar precies hetzelfde geldt bij een botsing tussen een lijnbus en een bromfietser of met een Citroën 2CV. In al deze gevallen zijn de ernstige gevolgen van de aanrijding niet slechts als gevolg toe te rekenen aan de wederzijds gemaakte fouten c.q. aan het 'verkeerd rijden' door een oorzaak 'aan boord' van de betrokken verkeersdeel-

13) Aldus ook HR 6-2-1987, RvdW 1987, 48.

nemers; nee telkens zal het arbeidsvermogen van beweging van het zwaardere voertuig een belangrijke, wellicht zelfs de doorslaggevende, rol spelen in het schadegebeuren. Daarom lijkt het mij niet goed te verdedigen in het ene geval (fiets, ruiter, voetganger, verkeerd geparkeerde auto) wèl en in andere gevallen niet met dat a.v.b. rekening te mogen houden. Dat spreekt nog weer sterker in gevallen waarin personenschade is toegebracht dan wanneer slechts zaakschade is veroorzaakt. Mijn bezwaar komt zo dadelijk nog ter sprake wanneer ik de regel van lid 5 ('eigen risico' als eigen schuld) bespreek.

Samenvattend luidt mijn oordeel over lid 2: waardering voor wat daarin als vernieuwing van ons recht voorkomt, getemperd door kritiek omdat daarin niet ver genoeg werd gegaan. Voor zaakschade kan ik nog vrede hebben met de voorgestelde beperking, voor personenschade niet.

(5) Een volgend verschil tussen art. 6.3.14 en art. 31 WVV is dat het eerstgenoemde zich, anders dan het laatste, niet beperkt tot motorrijtuigen die bestemd zijn op wegen te rijden. Blijkens de Toelichting¹⁴⁾ beoogt het nieuwe artikel ook te gelden voor spoor- en tramwegmaterieel. Ietwat merkwaardig en ook niet consequent is echter de opmerking in de Toelichting dat trams of treinen met een eigen, afgesloten rijbaan niet worden beschouwd als "een aan het verkeer deelnemend motorrijtuig" behalve daar waar die eigen baan de (rij)weg kruist. Maar zelfs daar geldt de hier geformuleerde regel nog slechts in één richting: bij een botsing tussen een trein en een auto op een onbewaakte overweg kan de spoorwegonderneming wel schadevergoeding vorderen op grond van lid 2, doch niet omgekeerd. Hoewel een dergelijke regel wellicht wenselijk te noemen zou zijn (ik aarzel zelf daarover) uit de tekst van de leden 1 of 2 valt deze niet af te leiden.

(6) In plaats van de eigenaar of de houder rust de in het nieuwe artikel voorgestelde aansprakelijkheid op de bezitter. Wel wordt de

14) Toelichting bk. 6 NBW, p. 696; PG bk. 6, p. 777.

eigenaar vermoed bezitter te zijn, een vermoeden waartegen tegenbewijs mogelijk is.

(7) In afwijking van art. 31 lid 2 WVW is bij motorrijtuigen waarvoor een kentekenbewijs is afgegeven de kentekenbewijshouder degene die aansprakelijk is behalve indien hij onvrijwillig bezitsverlies van het motorrijtuig bewijst. Indien zou worden overwogen de materie die geregeld is in art. 31 WVW al dan niet gewijzigd in boek 8 NBW te incorporeren¹⁵⁾ zou het de voorkeur verdienen op dit punt niet de voorgestelde leden 3 en 4 van art. 6.3.14 en evenmin de redactie van de leden 1 en 2 van art. 31 WVW j^o art. 1 lid 1 sub 7 WVW te volgen, maar veeleer die van art. 2 leden 2 en 3 van de WAM. Zo kan worden bereikt dat de aansprakelijkheid van art. 31 'nieuwe stijl' samenvalt met de verzekeringsplicht van de WAM.

(8) Wellicht even belangrijk voor de schaderegelingspraktijk als het nieuwe lid 2 lijkt mij lid 5. Dit bepaalt dat omstandigheden die leiden tot aansprakelijkheid op grond van het nieuwe artikel evenzovele redenen vormen in het spiegelbeeldgeval dat de eigenaar van een motorrijtuig of van zaken die zich daarin of -op bevinden door een gebeurtenis zelf schade lijdt, deze schade als 'eigen risico'¹⁶⁾ of 'eigen schuld' aan hem toe te rekenen. Evenals de wijzigingen die de leden 1 en 2 brengen juich ik ook deze bepaling toe. De bezwaren die ik tegen lid 2 heb geuit spreken hier echter nog sterker: bij een botsing tussen een gemotoriseerde mastodont en een bromfiets die niet aan een gebrek van de grote broer en evenmin aan een 'fout' van de chauffeur is te wijten, kan lid 5 geen enkele rol spelen bij de afweging van de omstandigheden die tot de schade van de weggebruiker hebben bijgedragen. In het omgekeerde geval zou immers lid 2 ook geen rol kunnen spelen om de eigenaar van het grote gevaarte (veel zeggende

15) Veel reden tot hoop heb ik niet; zie MvA Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW (vijfde gedeelte) p. 65, waar wordt medegedeeld dat is besloten tot handhaving van art. 31 WVW.

16) Deze term introduceerde ik in de studiepocket Eigen schuld en medeschuld volgens BW en NBW, Zwolle 1985, m.n. p. 92-94. Geruime tijd na het schrijven van dit onderdeel verscheen het in noot 13 vermelde arrest met de zeer lezenswaardige conclusie van wvd. A-G Bloembergen. Hij besteedt o.m. in 5 uitvoerig aandacht aan art. 6.3.14 lid 5. Hij spreekt hier over de reflexwerking.

benaming 'gevaar'-te) aansprakelijk te laten zijn voor de schade van de bromfietser. Noch voor diens personenschade noch voor diens zaakschade biedt lid 2 immers een aanknopingspunt.

De ontwerpers van art. 6.3.14 zijn zich er kennelijk van bewust geweest dat lid 5 niet het precieze spiegelbeeld van de leden 1 en 2 zou hoeven te zijn. In lid 2 wordt geen uitzondering gemaakt voor personenschade; ook die wordt van de werking van dat lid uitgezonderd, waar het betreft personen die worden vervoerd door motorrijtuigen. In lid 5 daarentegen zien we de toerekening slechts voorgeschreven voor zaakschade, te weten die aan het motorrijtuig of aan de zich daarin bevindende zaken. Terwijl derhalve inzittenden van motorrijtuigen die bij een verkeersongeval, waarbij dat motorrijtuig betrokken is, personenschade lijden niet kunnen profiteren van de 'aansprakelijkheids-paraplu' van lid 2, wordt het toerekeningszwaard van lid 5 ook dan niet op hun vordering gericht, wanneer zij betrokken raken in een aanrijding met een niet gemotoriseerde verkeersdeelnemer. Laat ik om het abstractieniveau van deze redenering iets te verlagen het volgende voorbeeld geven: Annie en Piet komen met hun auto op een donkere buitenweg door een bos in aanrijding met een plotseling overstekende onverlichte fietser Jan. Daardoor raakt de open twoseater van Piet uit de koers en botst tegen een van de eiken die daar langs de weg staan. Als door een wonder bleef Jan ongedeerd; zijn racefiets is echter total loss. De enige aansprakelijkheidsgrond op grond waarvan Jan (een deel van) zijn schade op Piet kan verhalen is art. 6.3.14 lid 2: het arbeidsvermogen van beweging van de sportwagen heeft zich verwezenlijkt ten nadele van Jans fiets, maar ook ten nadele van Piets eigen auto en - spijtig genoeg - ten nadele van de beide inzittenden die ernstig gewond werden.

Wanneer Jan nu voor deze schade wordt aangesproken kan hij wel het 'eigen risico'-verweer van lid 5 inroepen tegen Piets vordering tot vergoeding van de schade aan de twoseater, maar niet z.v.z. het Piets letselschade betreft. Zo ook bij de schade van Annie: haar kleding-schade wordt slechts ten dele vergoed, haar letselschadevordering geheel. Op de vraag of deze regeling mij kan bevredigen kan ik niet al te uitvoerig ingaan. Vooropgesteld zij dat ik lid 5 als een verbetering zie vergeleken met het huidige recht. Maar direct moet daarop volgen dat ik deze niet voldoende doorgedacht vind. Met name kan ik niet goed verdedigen waarom lid 5 wel toepassing zou vinden bij aanrijdingen tussen motorrijtuigen die door een 'gebrek' of door een

'fout' als bedoeld in lid 1 fout reden (een variatie op het 'fout varen' uit het aanvaringsrecht), maar niet op dergelijke botsingen waarbij het 'Betriebsgefahr' van een of van beide motorrijtuigen tot schade bijdroeg (lid 2). Dat is des te onlogischer nu datzelfde Betriebsgefahr wel een rol kan spelen bij aanrijdingen tussen een motorrijtuig en een niet gemotoriseerde verkeersdeelnemer, zoals in het hierboven gegeven voorbeeld. Een onverlicht overstekende bromfietser zou niet van lid 5 hebben kunnen profiteren. Daarbij mag niet worden vergeten dat ook zaakschaden in het verkeer zeer hoog oplopen.

Wanneer een towseater uit het voorbeeld een dertig tons truck met oplegger is, beladen met computer-apparatuur ter waarde van 12,5 miljoen gulden, die is verzekerd bij de Transportverzekering Maatschappij Hermes N.V., dan valt het mij moeilijk te verklaren waarom aan haar regresvordering in het ene geval wel en in het andere niet 'eigen risico' als bedoeld in lid 5 kan worden tegengeworpen.

4. Rechtsgrond van art. 31 WvW; wel ontwikkeling maar geen anticipatie op art. 6.3.14

Een niet onbelangrijk deel van Ekerings commentaar op art. 31 WvW¹⁷⁾ is gewijd aan de grondslag van de aansprakelijkheid die dit artikel creëert. Gaat het hier om een uitwerking van het risicobeginsel, om "een strenge aansprakelijkheid op den grond der *gevaarschepping*" (mijn curs., WvC) of slechts om een omkering van de bewijslast door de theorie van het *schuldvermoeden*. Derde mogelijkheid: werd het artikel door een veelheid van deels tegenstrijdige amendementen tot een allegaartje, waarin van de beide genoemde rechtsgronden delen waren aan te wijzen? Op p. 84 komt hij tot de conclusie dat de heersende leer, de meeste schrijvers en de Hoge Raad, niet de gevaarschepping, maar het schuldvermoeden als rechtsgrond voor dit artikel aanneemt.

Opmerkelijk lijkt deze uitkomst reeds daarom, omdat de Hoge Raad vrij kort voor de publikatie van zijn studie nog had overwogen¹⁸⁾

17) Zie noot 2, p. 11-84.

18) HR 16-4-1937, NJ 1937, 490 m.nt. E.M.M.

"dat art. 25 MRW berust op de overweging, dat het gevaar, dat het verkeer met motorrijtuigen op den openbaren weg voor anderen oplevert, bij aanrijding of botsing te hunnen behoeve een aansprakelijkheid van eigenaar of houder tot schadevergoeding rechtvaardigt, die verder gaat dan de aansprakelijkheid welke naar het gemeene recht op hem zou rusten;". Maar toch is zij juist. De Hoge Raad liet immers daarop een wetshistorisch betoog volgen waarin hij het begrip overmacht van lid 1 aldus omschreef dat "overmacht hier is gebezigd in den zin van een gebeuren, waarvan men noch den eigenaar of houder zelf, noch iemand voor wien hij aansprakelijk is, een verwijt kan maken". Een ding lijkt mij duidelijk, ongeacht of men nu wil uitgaan van schuldvermoeden of van gevaarzetting, één persoon staat bij deze overwegingen centraal: de aansprakelijke eigenaar of houder. Kort na de publikatie van Ekerings studie, precies vijf jaar na het zoëven genoemde arrest, verlegde de Hoge Raad in het torenbout-arrest¹⁹⁾ de koers van schuldvermoeden naar gevaarzetting. Het geval is overbekend: door een breuk van een torenbout - onderdeel van het besturingsmechanisme - begint een auto bij het remmen plotseling hevig te slingeren, waardoor deze tegen een fietser botst. Na bewijsoverlevering acht de rechtbank de eigenaar van de auto voor het gebrek niet aansprakelijk, welk vonnis door het hof wordt bevestigd. In cassatie overweegt de Hoge Raad dat het feit "dat art. 25 berust op de overweging, dat het gevaar, dat het verkeer met motorrijtuigen op den openbaren weg voor anderen oplevert, een aansprakelijkheid rechtvaardigt verder gaande dan die van het gemeene recht, aanneemelijk is, dat onder overmacht in den zin van art. 25, eerste lid, niet is begrepen hetgeen op het voetspoor van art. 536 K. schuld van het motorrijtuig zou kunnen worden genoemd". Wederom begint de Hoge Raad de gevaarzetting voorop te stellen, maar ditmaal laat hij daarop niet de overweging volgen dat overmacht daar begint waar schuld ophoudt, maar interpreteert hij de overmacht zó dat deze nog niet intreedt ook daar waar alle schuld ontbreekt. Toch kan niet worden volgehouden dat verwijtbaarheid nu geen enkele rol meer speelt bij het overmachtsbegrip. Tot zeer recent toe²⁰⁾ heeft de Hoge Raad bij

19) HR 16-4-1942, NJ 1942, 394.

20) Zie voor oudere arresten o.m.: HR 17-2-1956, NJ 1956, 148 m.nt.
(vervolg noot)

het geven van exegese over het begrip overmacht van art. 31 lid 1 WVV gesproken in termen van ontbreken van verwijtbaarheid, zij het dat hij daarbij geleidelijk aan strengere eisen is gaan stellen.

Maar in andere opzichten is de Hoge Raad later een andere koers gaan varen dan in zijn oudere arresten. Waar hij voorheen de rechtsgrond van de aansprakelijkheid van art. 31 zocht in de gevaarstelling door het motorrijtuig, daar gooit hij in 1977²¹⁾ het roer om. Voor het eerst noemt hij in het arrest 'Sanitaire stop' de strekking van dit artikel in de 'verbetering van de juridische positie van het slachtoffer'. Van de schadeveroorzaker wordt de aandacht verplaatst naar de schadelijder. Nog nadrukkelijker doet de HR dat in zijn arrest van 24-12-1982 (zie noot 20), waar hij in r.o. 3.6 zegt: "Dit uitgangspunt strookt niet met de bescherming die art. 31 lid 1 ... aan de voetganger i.v.m. de gevaren van het gemotoriseerde verkeer beoogt te bieden". Zie in dezelfde geest nadrukkelijk de conclusie van de A-G Biegan-Hartogh bij het arrest van 24-1-1986 (zie noot 20) NJ, p. 1489 l.k.: "3. Bij de beoordeling van een vordering gegrond op art. 31 WVV behoort men in het oog te houden dat deze bepaling is gegeven ter bescherming van de voetganger in verband met de gevaren van het gemotoriseerde verkeer ...". Ook in de toelichting op het eerder besproken art. 6.3.14 komt de slachtofferbescherming als motief voor de nieuwe regeling reeds naar voren waar deze zegt²²⁾: "Nu ook in Nederland via een verplichte aansprakelijkheidsverzekering een soort ongevalverzekering ten bate van de slachtoffers van het moderne verkeer zal worden ingevoerd, dient de wetgever de aansprakelijkheidsregels aldus te maken, dat aan de slachtoffers zoveel mogelijk vergoeding van hun schade wordt gewaarborgd, zonder dat

(vervolg noot)

L.E.H.R.; VR 1956, 34 m.nt. P.; HR 10-6-1966, NJ 1966, 431, m.nt. G.J.S.; VR 1966, 79 m.nt. P.; HR 26-3-1971, NJ 1971, 262 m.nt. Harmsen. In al die gevallen spreekt de HR van "geen verwijt" of "enig verwijt". In HR 26-3-1976, NJ 1976, 393 m.nt. G.J.S.; VR 1976, 57 scherpt de HR dit aan tot "geen enkel verwijt". HR 24-12-1982, NJ 1983, 443; VR 1983, 40 en HR 24-1-1986, NJ 1986, 377 handhaven deze omschrijving.

21) HR 21-1-1977, NJ 1977, 386 m.nt. A.R.B.; VR 1977, 74 m.nt. Brunner (Sanitaire stop). N.B.: de kop in de NJ wekt verwarring waar deze tot tweemaal toe WAM in plaats van WVV zegt.

22) Toelichting bk. 6 NBW, p. 691; PG bk. 6, p. 773.

aan de andere kant de gezamenlijke eigenaren van het Nederlandse auto- en motorfietsenpark met een, naar maatstaven van sociaal-economische politiek, te hoge premielast worden bezwaard".

Wij zullen deze redenering - echter nergens zo expliciet - weer tegenkomen bij de bespreking van de voorstellen van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid (1978 en 1980).

Is er sprake (geweest) van *anticiperende interpretatie*? Wanneer ik mij, op dit punt van mijn betoog aangekomen, de vraag stel of het voorgestelde art. 6.3.14 invloed heeft uitgeoefend op de rechtspraak van de Hoge Raad, dan moest ik toen ik dit opstel schreef die vraag nog met 'nee' beantwoorden²³⁾. Weliswaar is de Hoge Raad er na 1961 toe overgegaan de grondslag van art. 31 WVV te verleggen van de gevaarzetting naar de slachtofferbescherming, maar het valt niet te ontkennen dat dit nieuwe inzicht in alle waarschijnlijkheid ontstond onder de invloed van de inmiddels ingevoerde WAM, welks doel zonder enige twijfel was om voor verkeersslachtoffers een sterkere positie te creëren. Nee het heeft er veeleer de schijn van dat dezelfde motieven die bij het driemanschap speelden bij het ontwerpen van art. 6.3.14 ook, maar onafhankelijk van dat ontwerp, de Hoge Raad ertoe brachten zijn zienswijze op de grondslagen van art. 31 WVV te herzien.

Voor een deel, lid 1, leent art. 6.3.14 zich niet voor anticiperende interpretatie. Lid 1 wijkt immers te fundamenteel af van art. 31 lid 1 WVV. Om een dergelijke regel in te voeren is ingrijpen van de wetgever nodig. Veel minder moeite zou het kosten de regel van lid 2 door de rechter in te doen voeren. De hier geformuleerde nieuwe regel ligt immers geheel in het verlengde van de reeds bestaande. Ook die bestaande regel werd reeds bij zijn totstandkoming onderbouwd met een beroep op de gevaarzetting. Bovendien valt deze regel van lid 2 buitengewoon goed in te passen in de nieuwe grondslag, die van de slachtofferbescherming, die de Hoge Raad sedert 1977 (zie noot 21) aan interpretatie van art. 31 WVV ten grondslag legt.

23) Nu is er een kogel door de kerk. Zie noot 16 slot.

Leden 3 en 4 vragen om wetswijziging, maar die zou ik - zoals gezegd - liever willen realiseren in een andere zin, nl. in overeenstemming met art. 2 WAM.

De laatste vraag is of een regel als die van lid 5 wetswijziging noodzakelijk maakt. Nu de Hoge Raad gesproken heeft kan de regel van 'eigen risico' bij gebreken zeker en mogelijk ook in gevallen van 'Betriebsgefahr' reeds als geldend recht beschouwd worden²⁴⁾. Daar waar een benadeelde schade heeft geleden die deels wordt veroorzaakt door een derde, deels door een persoon of een zaak waarvoor hij heeft in te staan, is er alle reden om aan te nemen dat - om de woorden van art. 6.1.9.6 NBW te gebruiken, een artikel waarvan sedert het arrest Ove Skou²⁵⁾ vaststaat dat het bij wege van anticipatie reeds de stand van het geldend recht weergeeft - 'de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend'. Zoals gezegd ontbreken tot nu toe uitspraken van de Hoge Raad, die andere leden dan lid 5 van art. 6.3.14 NBW anticiperend interpreteren. Maar het komt mij voor dat in ieder geval de leden 2 en 3 rechtsregels bevatten die zich daarvoor goed zouden lenen.

5. Vernieuwingsvoorstellen na 1961

Na 1961 werd het vrij snel stil rond het voorgestelde art. 6.3.14. Na een welwillend advies van de Raad van State²⁶⁾ werd in de MvA II medegedeeld dat het artikel was geschrapt en deze materie in boek 8 zou worden opgenomen. In de MvA Invoeringswet (zie noot 15) deelde de minister van Justitie mede dat besloten was tot handhaving van art. 31 VVW. Met deze mededeling viel het slotdoek over de rapporten van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid. De minister releveerde dat haar voorstellen zouden leiden tot een aanzienlijke verhoging van de premies voor motorrijtuigenverzekeringen. Het heeft er op zijn minst de schijn van dat het alternatief van die voorstellen, te weten

24) HR 6-2-1987, RvdW 1987, 48 en de conclusie van wnd. A-G Bloembergen; zie ook bindend advies 25-4-1985, VR 1986, 20 m.nt. W.v.C. en Van Wassenaer (noot 16) p. 93.

25) HR 2-2-1962, NJ 1964, 329 m.nt. H.B.

26) PG bk. 6, p. 781.

invoering van een bepaling in de geest van art. 6.3.14 NBW bij het nemen van deze beslissing niet heeft mede gewogen.

In § 2 vermeldde ik reeds hoe in 1967 de NJV preadviezen had laten uitbrengen over de vraag of het stelsel van aansprakelijkheid voor verkeersongevallen niet diende te worden vervangen door een stelsel van verzekeringen. De vraag was zeker actueel: in Frankrijk had André Tunc het jaar daarvoor in *La sécurité routière* (1966) vrij revolutionaire ideeën over de verkeersverzekering gepubliceerd, die inhielden dat aansprakelijkheid voor verkeersongevallen zou worden afgeschaft en zou worden vervangen door een stelsel van verzekering dat in zulke gevallen rechtstreeks de schade van de slachtoffers zou vergoeden. Een dergelijk systeem was tot die tijd slechts in de Canadese provincie Saskatchewan in werking getreden. Het beloofde te leiden tot een snellere en goedkopere afhandeling van schaden. Na het wat teleurstellende verloop van de NJV waren het de verzekeraars die het voortouw namen om over deze materie verder te denken en te discussiëren. In 1971 organiseerden de besturen van de Vereniging voor verzekeringswetenschap en van het Genootschap voor Verkeersrecht in Amsterdam een Symposium 'Verkeersschade, aansprakelijkheid en verzekering'²⁷⁾ en spraken daarbij de hoop uit "te hebben bevorderd dat het debat in kringen van Nederlandse deskundigen wordt voortgezet en geïntensiveerd". In 1973 organiseerde de NVVA een studiedag over het thema 'Van aansprakelijkheids- naar verkeersverzekering? - of niet?'²⁸⁾. Opmerkelijk is dat een zeer groot aantal van de toen aanwezigen van mening was dat het bestaande aansprakelijkheidsrecht, in ieder geval op het stuk van personenschade ten gevolge van verkeersongevallen, niet meer voldoet en moest worden vervangen. 37 van de aanwezigen spraken zich uit voor een fundamentele verandering (waaronder 20 zich uitspraken voor verkeersverzekering); 12 wilden de WAO uitbreiden tot verkeersslachtoffers; 9 voelden voor een verplichte ongevallenverzekering voor inzittenden van motorvoertuigen en slechts 5 hadden geen behoefte aan wijzigen van het bestaande recht. Het is wellicht niet overbodig te stellen dat

27) Gepubliceerd te Deventer 1972 met een voorwoord van F. v.d. Feltz.

28) Verslagen van die dag verschenen in VA 1974, p. 197-202. Wachter werkte zijn bijdrage nader uit in RMTh 1975, p. 227-271.

het hier verenigde gezelschap voor het overgrote deel bestond uit vertegenwoordigers van de Nederlandse motorrijtuigverzekeraars, welke belangenvereniging de NVVA is.

In datzelfde jaar installeerde de minister van Justitie, mede naar aanleiding van kamervragen van mevr. Haars, een Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, die in 1974 met haar werk aanving. In 1978 publiceerde de groep haar eerste rapport 'Deel I Vergoeding van schade door dood en letsel'. Als bijlagen bij dat rapport formuleerde de groep twee voorontwerpen: een (bijlage 1) 'Wegvervoersrecht', hield een regeling in gebaseerd op een ver doorgevoerde risico-aansprakelijkheid; het andere (deel 2) 'Verplichte verzekering motorrijtuigen' wat ontworpen volgens het model van een verkeersverzekering. De studiegroep liet na een keuze te maken tussen de beide alternatieven, hetgeen Bloembergen de verzuchting ontlokte²⁹⁾ "Ik moet zeggen, dat ik me de ogen uitgewreven heb toen ik deze nauwelijks gemotiveerde uitspraak voor de eerste keer las". Ik zal de lezers de bloemrijke verdere adstructie van deze uitroep besparen, maar niet omdat ik het met hem oneens ben; met Bloembergen meen ik dat het eerste alternatief verkeersverzekering veruit de meerdere is van de twee. Dat kan weinig verbazing wekken voor wie weet dat ik in 1977 mijn inaugurele oratie hield over het onderwerp verkeersverzekering en ook daarin een dergelijke verzekering warm aanbeval als alternatief voor het aansprakelijkheidsrecht, dat Ison met reden een 'Forensic lottery' heeft genoemd³⁰⁾.

In wezen liepen de voorstellen van mijn verkeersverzekering en die van de studiegroep niet bijzonder ver uiteen op het stuk van de personenschade. De verschillen worden pas wezenlijk wanneer we de voorstellen van de studiegroep over zaakschade met de mijne vergelijken. Deel II van het rapport van de studiegroep³¹⁾ verlaat de twee alternatieven van deel I en stelt daarvoor een derde stelsel in de plaats waarbij de fouten van verkeersdeelnemers worden bepaald aan de hand van vuistregels, die overeenkomst vertonen met het in België

29) A.R. Bloembergen, Het rapport over het Verkeersongevallenrecht, NJB 1978, p. 705.

30) T.G. Ison, The Forensic Lottery, London 1967.

31) Deel II Vergoeding van zaakschade, 's-Gravenhage 1980.

reeds jaren gehanteerde 'barema-stelsel'. Mijn verkeersverzekeringsvoorstellen uit 1977 beoogden zowel voor personen- als voor zaakschade vergoeding te verschaffen, zij het dat bij zaakschade kleinere schaden in het geheel niet en middelgrote slechts ten dele vergoed zouden worden. Wat de studiegroep in haar twee rapporten voorstelde hield in dat bij alle schadegevallen, waarbij zowel personen- als zaakschade was toegebracht, verschillende regels van toepassing zouden zijn op de vergoeding van die twee schadecomponenten. Alleen al om die reden acht ik de voorstellen niet juist. Ook Bloembergen uitte zich in zijn commentaar³²⁾ uiterst kritisch over de ontworpen blikschaderegeling. Zijn critiek spruit in hoofdzaak voort uit de overtuiging dat een regeling voor zaakschade beter geheel achterwege kan blijven. Deze schade behoort tot de risico's waartegen men zich ofwel niet ofwel vrijwillig behoort te verzekeren. Wie nog gelooft dat hij of zij nooit schuld zou zijn aan een verkeersongeval kan in zijn optiek het beste een verzekering sluiten die alleen uitkeert wanneer zaakschade is toegebracht door de fout van een ander.

Zowel Bloembergen als ik hebben onze voorkeur uitgesproken voor een *verkeersverzekering* als alternatief voor het huidige aansprakelijkheidsrecht³³⁾. Wij verschillen alleen van mening over de vraag of zo'n verzekering al dan niet mede dekking zou moeten bieden voor zaakschaden. Hoe ziet zo'n regeling van de verkeersverzekering er in gesimplificeerde vorm er uit?

- 1) De aansprakelijkheid voor verkeersongevallen waarbij motorrijtuigen betrokken zijn wordt afgeschaft.
- 2) Eigenaars (soms houders) van motorrijtuigen zijn verplicht een (verkeers)verzekering (VV) te sluiten.
- 3) De VV keert bij verkeersongevallen, waarbij personenschade wordt toegebracht schadevergoeding uit tot tevoren bij de wet bepaalde maxima. Vrijwillig kan de eigenaar/houder zich cq. de inzittenden voor hogere bedragen verzekeren.
- 4) De uitkeringen voor *personenschade* geschieden aan:

32) A.R. Bloembergen, Blikschade, NJB 1980, p. 925 e.v.

33) Ook de Consumentengids publiceerde een 'Pleidooi voor een verkeersverzekering', Consumentengids 1978, p. 516.

- a. de inzittenden en bestuurder van het verzekerde motorrijtuig of hun nabestaanden;
 - b. anderen dan bestuurders of inzittenden van motorrijtuigen en hun nabestaanden (N.B.: bestuurders en inzittenden van andere dan het verzekerde motorrijtuig en hun nabestaanden ontvangen immers uitkeringen van hun 'eigen' verkeersverzekeraar).
- 5) Bij *zaakschade* geschieden de uitkeringen:
- a. bij schade aan het verzekerde voertuig: aan de verzekerde, doch met inbegrip van een eigen risico (waarvan de hoogte gerelateerd is aan de nieuwwaarde) en voorts met een met de grootte van de schade en de nieuwwaarde van het motorrijtuig variërend percentage aan eigen behoud;
 - b. bij schade aan andere verkeersdeelnemers dan motorrijtuigen en de zaken die daarin of -op worden vervoerd: aan de schadelijder, doch met een eigen risico (enigszins te vergelijken met de franchise van art. 26 lid 4 WAM en art. 9 lid 1 sub b van de Europese richtlijn inzake de produktenaansprakelijkheid);
 - c. bij schade aan anderen dan de verkeersdeelnemers:
 - c1: de gehele schade, behalve in geval c2;
 - c2: geen vergoeding bij schade aan wegen, weginrichting en -meubilair (verkeerspalen, wegwijzers, abri's e.d.).

Wat zijn de bezwaren die tegen de voorstellen van verkeersverzekering zijn ingebracht? Ik noemde er al een in het voorbijgaan: een verkeersverzekering zou veel duurder zijn dan de huidige aansprakelijkheidsverzekering (zie noot 15). Letterlijk zegt de MvA "Duidelijk is dat de voorstellen van de Studiegroep tot een aanzienlijke verhoging van de premie voor motorrijtuigverzekeringen zouden leiden, in het bijzonder indien het regres niet tevens zou worden afgeschaft of drastisch beperkt. Niet verwacht mag worden dat dit binnen afzienbare tijd zal kunnen geschieden". Wat de minister hier zegt is tegelijkertijd waar en onjuist. Waar is dat de Studiegroep heeft doen berekenen wat de financiële gevolgen van de gedane voorstellen zouden zijn; waar is ook dat die gevolgen neerkwamen op verhoging van de premies. Waarom neem ik dan toch de vrijheid om de opmerkingen van de minister onjuist te noemen? M.i. zijn zij onjuist omdat de berekeningen van de Studiegroep al te zeer uitgingen van de status quo. In het bijzonder bij het opzetten van een verkeersverzekering, zo leren

ons de ervaringen in de VS, waar thans in ruim 25 staten allerlei typen 'no-fault insurance plans' al een tiental jaren in werking zijn, is het mogelijk om met behulp van schade-actuarissen de uitkeringsrechten aldus te moduleren, dat de premies niet hoeven uit te stijgen boven het huidige premieniveau. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat zowel de eliminatie van het zgn. 'schuldvraagonderzoek' als de overgang van de schaderegeling van een 'contentieuze' naar een amicale sfeer (de schadelijder onderhandelt in een groot aantal gevallen met een verzekeraar die hij ofwel zelf heeft uitgezocht ofwel die in ieder geval de verzekeraar is van zijn relatie in wiens motorrijtuig hij/zij meereed) zullen leiden tot een aanzienlijke besparing in schaderegelingskosten om van de daarmee gemoeide tijd maar te zwijgen. Bovendien brengt het overgaan van een aansprakelijkheidsregiem op een verzekeringsregiem met zich mee dat regresrechten niet zonder meer gehandhaafd zullen blijven. De basis voor regres, de aansprakelijkheid van de motorrijtuigbestuurder, is immers in het systeem van de verkeersverzekering komen te vervallen. Nu zou men dit regres in een nieuw jasje wel weer kunnen laten herleven door de sociale verzekeraars en de overheid (die regresrechten kunnen uitoefenen o.g.v. de verschillende sociale verzekeringswetten en van de VOA) in de nieuwe regeling mede als verzekerden van de verkeersverzekering aan te merken. Daarmee zou m.i. geen recht worden gedaan aan de gedachte die de minister van Justitie onder woorden bracht in datzelfde wetsvoorstel en wel in de toelichting op art. 6.3.5.1, waar hij opmerkte³⁴⁾:

"Zoals hieronder nog zal worden uiteengezet heeft hij de aansprakelijkheden van titel 6.3 de wens vooropgesteld de slachtoffers van ongevallen te beschermen".

en

"Bij dit alles komt dat titel 6.3 in de vorm waarin hij wet is geworden in beginsel gericht is op de bescherming van slachtoffers en niet is geschreven met de bedoeling dat deze aansprakelijkheid automatisch en zonder beperking ook de omvang zou bepalen van de voormelde *verhaalsrechten*, die toen onderwerp van studie uitmaakten en waarvan in elk geval gezegd kan worden dat zij toekomen aan schuldeisers wier belangen van andere aard

34) Wetsontwerp (zie noot 14) nr. 4, Nota van Wijzigingen, p. 13, resp. p. 14.

zijn dan die van het slachtoffer, wiens schade anders onvergoed zou blijven" (mijn curs., WvC).

Rechten op schadevergoeding van de directe schadelijder zijn ook naar mijn mening van fundamenteel andere orde dan regresrechten. Dat geldt ongeacht of die regresrechten wel of niet in het kleed van een afgeleid recht dan wel in dat van een eigen recht zijn gestoken, in welk laatste geval het afgeleide karakter van het verhaalsrecht veelal toch nog zichtbaar wordt in tournures als die van het 'civiel plafond', dat de omvang van het eigen recht beperkt tot het bedrag waarvoor de aansprakelijke jegens de rechtstreeks getroffen aansprakelijk zou zijn geweest wanneer deze laatste geen recht zou hebben gehad op de voorziening waarvoor het verhaal genomen wordt. In het licht van deze gedachte past m.i. slecht een veel betere voorziening, als de verkeersverzekering er een zou zijn, achterwege te laten om de enkele reden dat zij door het onbeperkt toelaten van regresrecht onbetaalbaar duur zou worden. Veeleer ligt het dan voor de hand de betere voorziening voor de direct getroffen tot stand te brengen en deze betaalbaar te houden door voor personenschade twee maatregelen in combinatie te treffen:

1. de verkeersvoorziening complementair te maken aan bestaande andere voorzieningen voor personenschade, zodat de schadelijder slechts rechten aan deze verzekering kan ontlenen, voorzover hij die niet kan ontlenen aan enige andere privaot- of publiekrechtelijke verzekering of voorziening;
2. de personenschade die voor vergoeding in aanmerking komt te beperken door het opnemen van ofwel een wachttijd ofwel van een eigen risico of van een eigen behoud, waarbij een bepaald percentage van de schade onvergoed blijft evenals dat bijvoorbeeld bij de WAO het geval is.

6. Ontwikkelingen buiten Nederland

In het voorgaande besteedde ik zeer terloops al aandacht aan de ontwikkelingen in Canada (Saskatchewan), de VS en Frankrijk (Tunc). Die ontwikkeling heeft niet stilgestaan: in een aantal staten is het niet bij plannen en nooit gerealiseerde projecten gebleven. In Europa en Zweden een der eerste landen dat het verouderde aansprakelijkheidsrecht overboord zette als middel om verkeersslachtoffers schadeloos te stellen en daarvoor in de plaats een systeem ontwierp

dat gericht was op rechtstreekse vergoeding van de schade aan verkeersslachtoffers. Die wet, de Traffikskadelag (Verkeersschadewet) van 15 december 1975³⁵⁾ is al ruim 12 jaar in werking en voldoet goed. In Frankrijk kwam op 1 januari 1986 de 'Loi Badinter' in werking, die in rekordtijd door het Franse parlement was aangenomen na een zo mogelijk nog kortere ambtelijke voorbereidingstijd. Het gaat wat ver hier in te gaan op de ins en outs van deze wet. Laat ik ermee volstaan te vermelden dat de wet weliswaar gebaseerd is op een stelsel van absolute aansprakelijkheid, zoals die leek voort te vloeien uit het arrest Desmares³⁶⁾, maar dat daarbij tevens aan de verzekeringsaspecten ruimschoots aandacht is besteed³⁷⁾. Een van de doeleinden van de wet was - zo blijkt uitdrukkelijk uit de toespraak van Jean Bigot - tijdens een aan de nieuwe wet gewijd symposium³⁸⁾ - het aantal processen over verkeersschade en de duur van de behandeling van die schaden buiten rechte drastisch te beperken. Volgens zijn opgave bereikt het percentage zaken die door de rechter wordt beslist in Frankrijk 25 op ieder honderd verkeersschadezaken, tegen minder dan 1% in ons land en in een aantal andere West-Europese landen (Duitsland, Denemarken, Groot Brittanië, Zweden en Zwitserland). Het lijkt mij moeilijk te betwijfelen of dat hoge percentage wordt (mede) beïnvloed door het Franse recht op het stuk van de voeging van de beledigde partij, dat daar gepaard gaat aan een regeling die de schadelijder in sommige gevallen met verval van rechten treft wanneer hij nalaat zijn zaak als beledigde partij in het strafgeding te laten 'meeliften'³⁹⁾.

35) Een vertaling van die wet is als bijlage 6 opgenomen op p. 67-78 van mijn oratie Verkeersverzekering (1977).

36) Cour de Cassation (2ième) 21-7-1982, D 1982, 449 m.nt. Larround; JCP 1982 II, 19861 m.nt. Chabas; bespr. door R. Overeem in VR 1984, p. 49-55.

37) De 'Loi Badinter' van 5-7-1985 is besproken door L. Pérez in VR 1986, p. 169-173. In datzelfde nummer op p. 173-175 besprak ik twee commentaren op deze wet. Een Nederlandstalig commentaar is: 'Naar een betere vergoeding voor niet-gemotoriseerde verkeersslachtoffers', Antwerpen/Apeldoorn, Brussel 1986.

38) Indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, uitg. L.G.D.J. z.p. (Parijs) 1985, p. 9-10.

39) Zie voor deze regeling o.m. de rechtsvergelijkende studie, Faute et lieu de causalité dans la responsabilité délictuelle, Parijs z.j. (1983), p. 16 (vraag 7), p. 44-45. Alsmede M.S. Groenhuijsen, (vervolg noot)

Over de situatie in de VS zou ik hier graag meer willen mededelen dan het aantal staten dat op een 'no-fault' systeem is overgestapt (± 25). Dat zal echter nog ruim een jaar op zich moeten laten wachten. In het voorjaar van 1988 hoop ik in de gelegenheid te zijn tijdens een verblijf van enkele maanden in de VS een onderzoek te doen naar hoe de 'no fault' systemen in de praktijk werken, waarbij ik met name aandacht zal besteden aan de kosten/baten-aspecten en de consumentenaspecten van die systemen.

Voor een alomvattend overzicht in kort bestek lenen deze verschillende systemen zich reeds daarom niet omdat de autonomie van de staten op het stuk van het privaatrecht met zich meebracht dat de regelingen op het stuk van de no-fault een buitengewoon grote verscheidenheid vertonen⁴⁰⁾. Binnen de verschillende systemen zijn er op een punt geen noemenswaardige verschillen: alle geven dekking voor personenschade. Wel bestaan er vrij ingrijpende verschillen in de omvang van de no-fault dekking. Geen enkel no-fault systeem geeft hiervoor onbeperkte dekking, iets wat met een verzekeringssysteem niet goed verenigbaar zou zijn. Een tweede belangrijk verschil is het wel of niet medeverzekerd zijn van zaakschade. De meeste no-fault systemen kennen een dergelijke dekking niet. Het oorspronkelijke Massachusetts-plan voorzag in een gebonden keuze uit drie mogelijkheden voor de zaakschade aan het 'eigen' motorrijtuig. Ook Florida kende aanvankelijk een dergelijk systeem voor zaakschade, maar dat werd door het supreme court van die staat ongeldig verklaard.

Een derde belangrijk verschil tussen de verschillende systemen is gelegen in het wel of niet van kracht blijven van het op onrechtmatige daad gebaseerde schadevergoedingsrecht. In een aantal staten vervangt de no-fault dat klassieke rechtssysteem; in andere laat de nieuwe regel de oude onverlet. Dat was de gedachte die leefde bij enkele der 'founding fathers' van de no-fault: het nieuwe systeem zou zorgen voor een basisvoorziening die snel en eenvoudig de eerste en ergste noden zou lenigen. Voor grote en/of langdurige schaden zou

(vervolg noot)

Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding, ac. pr. Leiden, Nijmegen 1985, p. 209-225.

- 40) Zie voor een bespreking van vier van deze systemen, t.w. die van Massachusetts, Florida, Delaware en Michigan: A.I. Widiss e.a., No-fault automobile insurance in action, New York 1977.

het oude schadevergoedingsrecht zijn rol blijven spelen. Een soortgelijke filosofie is mogelijkwerijs ook te bespeuren achter de tot stand koming van de AAW, zij het met de modificatie dat hier de basisvoorziening die deze wet bracht zou kunnen worden aangevuld door *eigen* voorzieningen of door aanvullende voorzieningen uit hoofde van het sociaal verzekeringsstelsel (de WAO).

7. Ontwikkelingen in Nederland

Het wordt tijd deze beschouwingen af te ronden, en de vraag aan de orde te stellen waar het met de verkeersschade in Nederland naar toe moet. Een ontwikkeling die na 1965 met veel moed eerst door verzekeraars, daarna door de Studiegroep, waarin ook de overheid en de ANWB participeerden, in gang was gezet lijkt te zijn vastgelopen in het drijfzand van het regresrecht. Wilden de plannen van de studiegroep op het stuk van personenschade slagen dan moest worden voldaan aan de voorwaarde dat de nieuwe voorziening niet duurder mocht uitvallen dan de bestaande. De studiegroep vertaalde die eis in een andere voorwaarde die niet noodzakelijk uit de eerste voortvloeide: de plannen moesten leiden tot afschaffing van alle regresrecht, zowel die van de bedrijfsvereniging, van de overheden en van het ABP o.g.v. de VOA en die van de verzekeraars. Tegen die randvoorwaarde rees al aanstonds verzet uit de kringen van sociale verzekeraars. Een poging om door interdepartementaal overleg dat verzet te ontkrachten blijkt niet te zijn geslaagd. Voorlopig lijkt het doek over de voorstellen van de studiegroep te zijn gevallen toen de minister van Justitie in de MvA bij de invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW (nr. 17 541 nr. 8 p. 62) mededeelde dat er thans niet verder gewerkt zal worden aan de voorbereiding van wetsvoorstellen op het terrein van de personenschade en dat zulks betekent dat art. 31 WvW gehandhaafd zal worden. Ook voor wat betreft de zaakschade bestaat er z.i. gereede twijfel aan de noodzaak tot invoering van een wettelijk systeem als door de studiegroep voorgesteld nu verzekeraars reeds in de zeventiger jaren een stelsel van vereenvoudigde schaderegeling hebben ingevoerd, dat ertoe heeft geleid dat de cascoschade - het grootste deel van de zaakschade - binnen enkele maanden kan worden afgewikkeld.

Ik heb er thans geen behoefte aan en detail op de beide onderdelen van het betoog van de minister in te gaan en wil er slechts mee volstaan op te merken dat zij heroverweging ten volle waard lijken. Gaat men er met de studiegroep van uit (en ik ben gaarne bereid daarin met hen mee te gaan) dat een nieuw stelsel niet meer mag kosten dat het huidige, dan is binnen die randvoorwaarde een groot aantal mogelijkheden tot (al dan niet fundamentele) verbeteringen en/of veranderingen van dat stelsel mogelijk. Een nieuw stelsel dat beter werkt en de slachtoffers, om wier bescherming naar algemeen wordt aangenomen toch alles moet draaien, hoeft niet meer te kosten dan het huidige, doch kan zelfs minder duur zijn. De totale hoogte van de kosten van welk stelsel dan ook houden verband met een aantal factoren, waarvan ik hier slechts enkele noem:

- a. de mate waarin uitkeringen ten goede komen aan de rechtstreekse schadelijders;
- b. het deel van de schade dat door deze personen zelf wordt gedragen, bijv. door een eigen risico of franchise;
- c. de vraag of naast de rechtstreeks getroffen ook aan derden - bijv. regresnemers - uitkeringen t.l.v. het stelsel worden gedaan;
- d. de kosten van schadebehandeling;
- e. de vraag of bij personenschade naast vermogensschade ook immateriële schade wordt vergoed en, zo ja, of dat volgens richtlijnen, maxima of barema's gebeurt dan wel naar vrij inzicht van de rechter;
- f. de vraag of het stelsel wel of niet tevens vergoeding van zaakschade beoogt en, zo ja, in hoeverre de gezichtspunten a t/m c ook hierbij een rol spelen.

Het nader uitwerken van een nieuw stelsel van vergoeding voor verkeersschade zal, wanneer dat niet alleen door juristen maar tevens door een of meer schade-actuarissen wordt ontworpen, naar mijn mening veel meer 'waar' kunnen leveren voor hetzelfde geld als het huidige systeem. Daarbij zou het zelfs mogelijk zijn in het systeem een afkoopregeling op te nemen voor de huidige regresrechten van verzekeraars, bedrijfsverenigingen, overheden en ABP, die bij voorkeur zou moeten worden berekend als een lump sum in de vorm van een percentage van de brutopremie voor motorrijtuigenverzekeringen.

Voor wat betreft het gezichtspunt sub b moet wel worden bedacht dat reeds nu een zeer groot deel van alle personenschade niet wordt vergoed door aansprakelijkheidsverzekeraars. In 1977 kwam ik tot de conclusie dat het aandeel van de personenschade dat onvergoed bleef ruim 3/4 gedeelte van de totaal opgetreden personenschade was⁴¹⁾. Het KAS-rapport⁴²⁾, dat is gepubliceerd als bijlage 3 van het eerste deel van het rapport van de studiegroep, kwam voor personenschade tot een vergelijkbare uitkomst⁴³⁾, nl. dat slechts 424 van de onderzochte 1720 slachtoffers met personenschade een vergoeding van de betrokken WAM-verzekeraars ontvingen, hetgeen neerkomt op bijna 25%. Vergelijkt men de uitgekeerde f 720 miljoen (zie noot 41) met de daarvoor geïncasseerde premies (voor 1975: f 1,03 miljard) dan lijkt de voorzichtige voorspelling gewettigd dat een systeem dat eenvoudiger werkt dan het huidige zou kunnen leiden tot niet onaanzienlijke besparingen bij de schadeafhandeling. Ervaringen bij sociale verzekeringen maar ook die bij particuliere ziektekostenverzekeraars lijken in dezelfde richting te wijzen.

8. Slot

Het wordt tijd dit betoog af te sluiten. Uit het voorgaande kan blijken dat ik de discussie over een stelselwijziging nog niet afgesloten acht: te weinig is hier nog geprofitteerd van de ervaringen in met name de USA en Zweden. Te zeer was de studiegroep in zijn eigen voorstellen 'gevangen' om alternatieven te onderzoeken. Bij het lezen van de al eerder gememoreerde woorden van de minister van Justitie (zie noot 15) schieten mij telkens de woorden te binnen "de honden blaffen maar de karavaan trekt verder". Op de korte termijn kunnen wij nog

41) Zie mijn rede Verkeersverzekering, Alphen a/d Rijn 1977, p. 9 zegt op basis van cijfers van 1975: "Van de totale verkeersschade ad f 3,3 miljard wordt derhalve rond f 1,4 miljard gedragen door degene die schade lijdt, terwijl van het gedeelte ad ongeveer f 1,9 miljard dat wel wordt vergoed, circa f 720 miljoen wordt vergoed door motorrijtuig WA-verzekeraars ...". Iets minder dan 22% van de verkeersschade wordt indirect (via regres) of direct door motorrijtuigaansprakelijkheidsverzekeraars vergoed. Zie ook aldaar noot 22.

42) Rapport, De kosten van een ander schadevergoedingsstelsel, van de Commissie "Kosten Ander Stelsel", p. 99-104.

43) P. 102.

wel het antiquarische aansprakelijkheidsrecht handhaven als systeem van (aanvullende) schadevergoeding. Op de langere termijn in de 21ste eeuw is dat echter niet langer houdbaar. Een nieuw BW dat aan die werkelijkheid denkt te kunnen voorbij gaan is bij zijn conceptie voor een niet onbelangrijk deel alweer toe aan ouderdomspensioen. Dat zou mij spijten nu het project van dit NBW mij uit velerlei oogpunt ter harte gaat. Een opgelapt art. 31 WvW kan toch niet de 'muis' zijn die de 'berg' van enthousiasme en inspiratie uiteindelijk zal blijken gebaard te hebben.

Mijn in de aanhef gedane mededeling dat ik zou hebben aan te geven hoe een moderne regeling van de verkeersaansprakelijkheid er uit zou behoren te zien moet ik, zij het node, thans nog oningelost laten. Eerder in dit betoog wees ik erop dat daarvoor onder meer een onderzoek van de praktijk van de no-fault in de USA onontbeerlijk lijkt, welk onderzoek ik volgend jaar hoop uit te voeren. Men kan mij dus tegenwerpen dat dit opstel te vroeg werd geschreven en dat verwijt is in zoverre zeker gegrond. Toch was de verleiding om voor mijn beurt te praten of - zo u wilt - uit de keuken te klappen mij te machtig toen het verzoek mij bereikte een bijdrage te schrijven aan een jaarboek van de BW-krant, dat mede in het teken zal staan van het vertrek van oud-redacteur P. Knol, wiens geschriften veelmaals getuigden van liefde voor het verkeersrecht (in de ruime zin van het woord dat ook het zogenoemde blad waarvan ik hoofdredacteur ben daaraan geeft). De combinatie Leiden, BW en verkeer waren evenzovele prikkels om hier nog eens te getuigen van mijn overtuiging dat het verkeerd is wanneer de schadevergoeding in het verkeer niet zou verkeren.

BEPERKING VAN AANSPRAKELIJKHEID JEGENS DERDEN

mr drs R. Zwitser

Schrijver wijdt enige beschouwingen aan het Rotte Sinaasappelenarrest en pleit voor analoge toepassing van art. 3.10.4A.2 leden 1 en 2 NBW ten aanzien van problemen van derdenwerking van exoneratieclausules ter beperking van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de exonerant.

1. Inleiding

In hoeverre kan de laedens zijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad beperken door een exoneratieclausule overeen te komen met een ander, handelend op eigen naam, dan de gelaedeerde? Deze problematiek valt onder de noemer doorwerking of derdenwerking van exoneratieclausules. De Hoge Raad heeft hierover recentelijk een arrest gewezen, reeds aangeduid als het Rotte Sinaasappelen arrest (HR 20-6-1986, *NJ* 1987, 35, Van der Grinten; *AA* 1987, 775, Kortmann; *KB* 1986, 118, Haak). De Hoge Raad refereerde in dit arrest aan zijn overwegingen in twee eerdere arresten, te weten Gegaste Uien (HR 7-3-1969, *NJ* 1969, 269) en Securicor (HR 12-1-1979, *NJ* 1979, 362). Zowel het refereren aan deze eerdere arresten als het gebruik van algemene bewoordingen duiden erop dat het arrest niet slechts van betekenis is voor het vervoersrecht, het terrein waarop dit arrest tot stand kwam. Interessant is het daarom wellicht bijvoorbeeld zich af te vragen wat de betekenis van het onderhavige arrest is voor het geval dat een onderaannemer fouten heeft gemaakt bij het aanleggen van een vloer in een bedrijfspand, waarvoor hij door de eigenaar op grond van onrechtmatige daad wordt aangesproken, terwijl hij een exoneratieclausule overeengekomen was met de op eigen naam handelende hoofdaannemer, een geval door Van Dunné aan de orde gesteld naar aanleiding van een Engels arrest (*BR* 1984, blz. 310 e.v.). Of het geval dat zulk een onderaannemer bij het onjuist zandstralen van lichtkoepels deze koepels zwaar beschadigt. Maar voor ik aan deze

vragen toe kom, wil ik mij wijden aan enige (critische) beschouwingen aangaande het arrest zelf.

2. Het Rote Sinaasappelen arrest

Citronas c.s., verweerders in cassatie, hebben een partij sinaasappels gekocht. De verkoper neemt op zich deze partij naar Rotterdam te doen vervoeren. Daartoe wordt een vervoerovereenkomst gesloten tussen de verkoper en een zeevervoerder, waarbij bij wege van derdenbeding ten behoeve van Citronas c.s. wordt bedongen dat deze de uitlevering van de goederen zullen kunnen vorderen. In de haven van Rotterdam aangekomen laat een cargadoor, genaamd Heinrich Hanno BV, de partij sinaasappels opslaan in de loodsen van de stuwadoor, Deka-Hanno (v.o.f.), een der eisders in cassatie, in een niet gekoelde cel. De eerste drie dagen zijn de opslagkosten voor de reder/zeevervoerder, en indirect dus voor de verkoper. De cargadoor treedt voor wat betreft dat vervoerdersaandeel op als lasthebber voor de vervoerder. Voor de overige dagen dat de sinaasappels opgeslagen zullen zijn totdat Citronas c.s. de partij komen ophalen, treedt de cargadoor op in eigen naam en uit eigen hoofde maar uiteraard in het belang van de ontvangers, Citronas c.s., die uiteindelijk de betreffende opslagkosten zouden moeten betalen. Door onzorgvuldig gedrag van de stuwadoor, daaruit bestaande dat deze niet tijdig toestemming verleent aan Citronas c.s. om de sinaasappels weg te mogen voeren, ontstaat schade aan de sinaasappels. Citronas c.s. spreken de stuwadoor voor deze schade aan uit onrechtmatige daad. De stuwadoor beroept zich daartegen op een aantal bepalingen van de Algemene Voorwaarden van de Vereniging van Rotterdamse Stuwadoors (de RSC). Van belang zijn met name de artt. 8 en 9, die de aansprakelijkheid van de stuwadoor uitsluiten behoudens in geval van opzet of grove schuld (art. 8 lid 1 en 9), respectievelijk beperken (art. 8 lid 3), op welke beperking door de stuwadoor in geval van zijn opzet of grove schuld evenmin een beroep kan worden gedaan.

De vraag waarvoor de rechter kwam te staan was of de RSC welke met de cargadoor overeengekomen waren, tegengeworpen konden worden aan Citronas c.s. Allereerst beriep de stuwadoor zich op een beweerdelijke contractuele band met Citronas c.s. Voor het bestaan van een rechtstreekse contractuele relatie, op grond waarvan de RSC

tussen partijen van toepassing zouden zijn, beriep de stuwadoor zich op de beweerdelijk in de Rotterdamse haven gevestigde praktijk, dat ladingsontvangers na de zogenaamde drie vrije dagen (waarin de opslag voor rekening van de rederij geschiedt) ter zake van de aflevering van de goederen in een rechtstreekse relatie treden met de stuwadoor. Zowel Rechtbank als Hof wijzen dit beroep terecht af, zodat in cassatie feitelijk vaststaat dat er geen contractuele relatie bestaat tussen de stuwadoor en Citronas c.s. De cargadoor is voor het ontvangersaandeel opgetreden in eigen naam en is daarom de wederpartij van de stuwadoor. Krachtens art. 1376 BW gelden de RSC in beginsel slechts tussen deze partijen.

Vervolgens komt echter de vraag aan de orde of er sprake is 'van omstandigheden die een uitzondering rechtvaardigen op het beginsel van art. 1376 BW en die met zich mede brengen dat Citronas c.s. de RSC in redelijkheid tegen zich moeten laten gelden'. De Hoge Raad overweegt hieromtrent:

"In bepaalde gevallen kan wel een uitzondering op dit beginsel worden aanvaard in dier voege dat een derde een contractueel beding in redelijkheid tegen zich moeten laten gelden, maar daartoe zal dan een voldoende rechtvaardiging moeten kunnen gevonden worden in de aard van het betreffende geval. Daarbij moet onder meer worden gedacht - kort samengevat - aan het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen inroepen ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen (HR 7 maart 1969 NJ 1969, 249) en voorts aan de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept (HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362). Bij beantwoording van de vraag waar de grens ligt zal voorts mede rekening moeten worden gehouden met het stelsel van de wet, in het bijzonder indien de wet aan bepaalde daarin geregelde overeenkomsten binnen zekere grenzen werking jegens derden toekent en het betreffende geval in dit stelsel moet worden ingepast."

Bij de toepassing van de regel uit het Securicor arrest, het tweede door de Hoge Raad genoemde arrest, overweegt de Hoge Raad:

"De enkele omstandigheid dat een bedrijfsmatig handelende gebruiker van algemene voorwaarden in die voorwaarden een beding van een bepaalde inhoud heeft opgenomen, brengt nog niet mee dat zulk een beding redelijkerwijs hoeft te gelden tegenover derden, ook niet als de derde eveneens bedrijfsmatig handelt en het in de kring waartoe de gebruiker en de derde behoren algemeen bekend is dat dergelijke bedingen plegen te worden gemaakt."

Bij de toepassing van de regel uit het arrest Gegaste Uien, het eerste door de Hoge Raad aangehaalde arrest, overweegt de Hoge Raad:

"In de tweede plaats heeft het hof geoordeeld dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat Citronas c.s. de cargadoor, of de zeevervoerder via hem, de vrije hand hebben gelaten met Dekahanno overeenkomsten aan te gaan waarvan de RSC deel uitmaakten. (...) Hetgeen het Hof vervolgens overweegt komt hierop neer dat de enkele betrokkenheid van Citronas c.s. bij de vervoerovereenkomst (te hunnen behoeve had de afzender bedongen dat zij uitlevering van de goederen konden vorderen) aan Dekahanno niet het vertrouwen kan hebben gegeven dat de RSC ook tegenover hen zouden gelden, en dat daarnaast onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting (...)."

Tenslotte het stelsel der wet aftastend overweegt de Hoge Raad dat het oordeel om geen uitzondering op het beginsel van art. 1376 BW aan te nemen voorts in resultaat strookt met het stelsel van de wet betreffende de overeenkomst van zeevervoer, zoals dit in Nederland sedert de inwerkingtreding van de wet van 11 maart 1981 Stb. 206, zij het na de feiten van de onderhavige zaak, is komen te gelden. Daarbij is immers een zekere werking van de vervoerovereenkomst jegens derden voorzien, in dier voege dat ondergeschikten worden beschermd (art. 472 lid 2 K), maar niet ook de zelfstandige opdrachtnemer die zelf geen vervoerder is, zoals een stuwadoor. Ook het NBW heeft - in overeenstemming met verschillende verdragen op het gebied van het vervoerrecht, waarvan er een ook aan het huidige art. 472 K ten grondslag ligt - een dergelijke bescherming met opzet onthouden.

3. Uitzonderingen op het beginsel van art. 1376 BW?

De Hoge Raad spreekt van uitzonderingen op het beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen. In mijn dissertatie (Rond art. 1376 BW, Leiden 1984) heb ik mij verzet tegen het denken in termen van uitzonderingen op het beginsel van art. 1376 BW. Naar mijn mening geeft het beginsel van art. 1376 BW niet meer dan een herhaling van het toestemmingsvereiste van art. 1356 BW. Voor het ontstaan van een overeenkomst is toestemming nodig (art. 1356 BW). Zonder toestemming geen gebondenheid door overeenkomst (art. 1376 BW). Uitzonderingen zijn hier niet wel denkbaar, zonder het toestemmingsvereiste van art. 1356 geweld aan te doen.

Men kan er echter aan twifelen of de Hoge Raad in werkelijkheid wel met een echte uitzondering werkt. Hopelijk drukt de Hoge Raad zich hier slechts onnauwkeurig uit. De bepaling van art. 1376 BW dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen, heeft een beperkte betekenis. (Zie Asser-Rutten II, blz. 279, 280) Zij wil volstrekt niet zeggen, dat een overeenkomst geen rechtsgevolg kan hebben ten aanzien van derden en nog minder, dat derden in het geheel geen rekening behoeven te houden met hetgeen tussen partijen is overeengekomen. In talloze gevallen moeten derden dat wel. Men denke aan het bij overeenkomst vestigen en overdragen van zakelijke rechten, welke tegenover een ieder gelden. Dat een overeenkomst de meest ingrijpende rechtsgevolgen kan hebben ten aanzien van een derde, blijkt uit het volgende geval: A geeft een roerende zaak in bruikleen aan B. B verkoopt de zaak aan C, die te goeder trouw is. Door deze overeenkomst tussen B en C, ten opzichte van welke A derde is, verliest A de eigendom van de zaak; vergelijk art. 2014 BW. De zin van de bepaling, aldus nog steeds Rutten, kan geen andere zijn, dan dat een contract geen verbintenissen vestigt ten behoeve of ten laste van derden.

In beide door de Hoge Raad aangehaalde arresten (Gegaste Uien en Securicor) overweegt de Hoge Raad dat de betreffende exoneratieclausule wel aan de derde kan worden tegengeworpen maar dat deze geen partij bij de overeenkomst wordt. Dat wil, meen ik, zeggen, dat voor hem geen verbintenissen uit die overeenkomst voortvloeien. De Hoge Raad spreekt in zulke gevallen naar mijn mening dan ook ten onrechte van uitzonderingen op het beginsel van art. 1376 BW. De derde wordt geen partij. Hij moet de exoneratieclausule wel tegen zich laten gelden, maar dit gaat langs het beginsel van art. 1376 BW heen (vgl. ook Kortmann: AA 1987, blz. 780).

In mijn dissertatie heb ik verdedigd, dat de derdenwerking hier gebaseerd is op de regel dat een eigenaar ook via een op eigen naam handelende tussenpersoon over zijn zaken kan beschikken (vgl. ook Asser-Van der Grinten I, blz. 93 e.v.). Dit beschikken betreft zowel het verlenen van zakelijke rechten als het verlenen van persoonlijke rechten met betrekking tot de betreffende zaak. De tussenpersoon kan een volmacht krijgen om over de zaken van de eigenaar te beschikken zonder dat een volmacht verleend wordt om de eigenaar

obligatoir te binden ('Verfügungsermächtigung', vgl. Larenz: Schuldrecht I (1979), blz. 192). Wanneer de eigenaar een tussenpersoon machtigt om op eigen naam een zaak van de eigenaar te verhuuren, moet de eigenaar het recht van de huurder (inclusief eventuele exoneratieclausules) tegen zich laten gelden (vgl. Reichsgericht: RGZ 80, 395). Larenz stelt dat de eigenaar geen partij bij de huurovereenkomst wordt (dus geen uitzondering op het beginsel van art. 1376 BW), "(...) sondern auf grund seiner Zustimmung nur die zur Erfüllung des Mietvertrages erforderlichen Einwirkungen auf die Mietsache sowie das Besitzrecht (...)" moet dulden.

4. De contractueel betrokken derde

De Hoge Raad geeft aan dat er meerdere rechtvaardigingen bestaan om een contractueel beding aan een derde tegen te werpen. De Hoge Raad noemt met betrekking tot het Securicor arrest 'de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept'. Dit lijkt een verwijzing naar de theorie omtrent de contractueel betrokken derde van Cahen (vgl. Kortsluiting in contractuele verhoudingen, *RM Themis* 1965, blz. 476 e.v.; De driehoeksverhouding tussen eigenaar, hypotheekhouder en retentor, *RM Themis* 1968, blz. 130 e.v.; Het omslagpunt bij middellijke vertegenwoordiging, in: Beekhuis bundel 1969, blz. 67 e.v.; Een Trojaans schadepaard voor de contractuele stadswal van art. 1376 BW, *WPNR* 5496 e.v.). Volgens Cahen wordt aan bepaalde derden op grond van het belang dat zij vertegenwoordigen een positie toegekend binnen het krachtveld der overeenkomst en wordt de contractsgelding dienovereenkomstig verruimd voorzover richtige afwikkeling van de overeenkomst dit vereist. Deze doorwerking berust volgens Cahen op uitleg van de overeenkomst (in ons geval die tussen stuwadoor en cargadoor) aan de hand van art. 1374, de goede trouw met derogerende werking.

Waarom de Hoge Raad echter aan de hand van deze theorie niet tot doorwerking komt blijft raadselachtig. De aard van de overeenkomst en van het betreffende beding tussen stuwadoor en cargadoor brengt immers mee dat de overeenkomst niet richtig afgewerkt kan worden zonder de ladingbelanghebbende erbij te betrekken. Zonder gebondenheid van de ladingbelanghebbende aan de exoneratieclausule

komt deze clause in de lucht te hangen: het biedt de stuwadoor dan generlei bescherming. Aan de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept, wordt mijns inziens voldaan doordat de overeenkomst gesloten wordt met betrekking tot de zaken van de derde, terwijl de cargadoor deze overeenkomst sluit vanuit zijn rechtsrelatie - mogelijk behoorlijke zaakwaarneming - met de eigenaar.

De theorie van Cahen is, evenals de vertegenwoordigingstheorieën van Schoordijk, Van Schilfgaarde en Kortmann, met name bedacht om de derde in wiens belang de overeenkomst tussen twee anderen gesloten werd niet geheel buiten schot te houden. Het werd onbillijk geacht dat de derde kan ontsnappen aan gebruikelijke exoneraties van allerlei uitvoerders door simpelweg een op eigen naam handelende stroman het contract te laten sluiten, terwijl alle lusten en lasten van dat contract toch eigenlijk bij derde lagen. In het Rotte Sinaasappelen arrest geeft de Hoge Raad er echter blijk van dat belang alleen niet voldoende is voor doorwerking. In het Moffenkit arrest (HR 25-3-1966, *NJ* 1966, 279) was dit al eerder naar voren gekomen. Belang of baattrekking scheidt geen contractuele gebondenheid. Het Moffenkit arrest wordt in dit opzicht door het Rotte Sinaasappelen arrest versterkt. Het merkwaardige fenomeen doet zich hierbij voor dat de Hoge Raad aan de theorie van Cahen lijkt te appelleren, maar voorbij gaat aan de belangrijkste toepassing ervan.

Tegen de theorie van de contractueel betrokken derde bestaan bovendien ernstige bezwaren. Snijders (*RM Themis* 1969, blz. 24,25) is bijvoorbeeld van mening dat een constructie als die van Cahen een voor de praktijk onaanvaardbare onzekerheid scheidt, en bovendien slecht past in het Nederlandse recht. Van Schendel (*TPR* 1980, blz. 959) merkt op dat niet duidelijk is bij Cahen waarom de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) tussen twee contractanten - en daarop zien de artt. 1374 en 1375 BW - zonder meer een buitenstaander, ook al is hij door zijn eigen rechtsverhouding met de wederpartij van de exonerant 'betrokken' bij de exonerant, gebonden doet zijn krachtens uitleg van andermans rechtsverhouding. (Vgl. ook Kortmann: diss. blz. 71 e.v.; mijn diss. blz. 162 e.v.).

Men kan zich tenslotte afvragen of het gelukkig is dat de Hoge Raad juist ten aanzien van de situatie in het Securicor arrest een nieuwe regel introduceert. Naar mijn mening niet. Het Securicor arrest betreft mijns inziens evenals het arrest Gegaste Uien een

bevoegdheidsverlening aan een tussenpersoon om over zaken van de eigenaar contractueel te beschikken. In het arrest Gegaste Uien gaf de eigenaar, Noordermeer, toestemming (de vrije hand) aan de tussenpersoon, de Klerk, om een overeenkomst te sluiten met een derde, de Roteb, tot het gassen van des eigenaars uien. In het arrest Securicor gaf de eigenaar, Macro, toestemming (opdracht) aan de tussenpersoon, Vlaer en Kol, om een overeenkomst te sluiten met een derde, Securicor, tot het vervoeren van des eigenaars geld, kennelijk onder de daarvoor gebruikelijke condities. De bevoegdheid van de tussenpersoon, of de opgewekte schijn daarvan plus het vertrouwen op die schijn door de exonerant, dient in beide gevallen naar mijn mening de dragende grond voor de eindbeslissing te zijn. Het feit dat in het arrest Gegaste Uien de zaken aan de exonerant ter hand werden gesteld door de tussenpersoon zelf, terwijl dit in het Securicor arrest door personeel van de eigenaar geschiedde, komt mij in deze niet relevant voor.

5. De vrije hand en het vertrouwen

De Hoge Raad noemt het op gedragingen van derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen inroepen ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen. Het feit dat de Hoge Raad hierbij verwijst naar het arrest Gegaste Uien betekent dat het vertrouwen niet gericht behoeft te zijn op de gedragingen, maar ook gericht kan zijn op de situatie die door die gedragingen in het leven geroepen werd. In de situatie van het arrest Gegaste Uien wist de exonerant, Roteb, immers niet van het bestaan van de derde, Noordermeer, af, laat staan van gedragingen van deze. De Roteb vertrouwde op de schijn dat alle te gassen uien toebehoorden aan de tussenpersoon, de Klerk, welke schijn door Noordermeer in het leven was geroepen door die uien aan de Klerk ter hand te stellen met de toestemming die uien te laten gassen. De op art. 2014 BW gebaseerde leer van Scholten in zijn noot onder het arrest, welke terug te voeren is op een theorie van H. Drion (preadvies NVJ 1957), lijkt hier door de Hoge Raad gesanc-tioneerd.

Belangrijk is het dunkt mij te constateren dat de Hoge Raad kennelijk bereid is om ook bij persoonlijke rechten het vertrouwen op de schijn van eigendom te beschermen. De kans lijkt groot dat de

Hoge Raad nu ook bijvoorbeeld tegenover de eigenaar de retentor zal beschermen die een zaak ter reparatie heeft verkregen van een tussenpersoon waarvan de retentor meende en mocht menen dat deze eigenaar was (vgl. reeds Eggens: De retentor en art. 2014 BW, *WPNR* 3666 e.v., *VPO* 1, blz. 295 e.v.; in andere zin HR 16-3-1933, *NJ* 1933, 790 Dordsche autogarage). Deze bescherming van de retentor zou dan overeenkomen met art. 3.10.4A.2 lid 2 NBW, luidend: "Hij kan het retentierecht ook inroepen tegen derden met een ouder recht, indien zijn vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of *hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen.*"

De woorden van de Hoge Raad omvatten niet alleen het vertrouwen op de schijn van eigendom. Het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen omvat eveneens de situatie dat de exonerant wist dat de tussenpersoon geen eigenaar was, maar meende en mocht menen dat de eigenaar de exoneratie accepteerde, met andere woorden dat de tussenpersoon bevoegd was om met betrekking tot zaken van de eigenaar zulk een exoneratie overeen te komen. Art. 3.10.4A.2 lid 2 NBW kent dezelfde tournure in de zinsnede dat 'hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen', maar hier komt niet duidelijk uit de verf dat - behoudens de situatie van art. 2014 BW - het moet gaan om vertrouwen op gedragingen van de eigenaar (vgl. HR 6-5-1926, *NJ* 1926, 721 Vas Dias/Salters).

Wat ik mis in de regelgeving van de Hoge Raad is het vooropstellen van de mogelijkheid dat de tussenpersoon bevoegd is, krachtens toestemming van de eigenaar, om de betreffende overeenkomst met de exonerant (of retentor) aan te gaan. In art. 3.10.4A.2 lid 2 is dat beter geformuleerd. Wanneer toestemming is verleend en de tussenpersoon aldus bevoegdelijk met betrekking tot de zaken van de eigenaar de betreffende overeenkomst met de retentor sluit, dan kan de wederpartij zijn retentierecht aan de eigenaar tegenwerpen. Aan een onderzoek naar al of niet gerechtvaardigd vertrouwen komen we in dit geval niet meer toe. Het lijkt voor de hand te liggen: een resultaat dat via vertrouwensbescherming bereikt kan worden, kan zeker ook bereikt worden door het verlenen van toestemming. De Hoge Raad lijkt hieraan voorbij te zien. In het arrest *Gegaste Uien* had de eigenaar, *Noordermeer*, aan de tussenpersoon, de *Klerk*, de vrije hand

gegeven om met de exonerant, de Roteb, een overeenkomst te sluiten. De in de vrije hand vervatte toestemming moet voldoende zijn om doorwerking te rechtvaardigen (vgl. ook Asser-Van der Grinten I, blz. 93 e.v.). De Hoge Raad echter eist naast de vrije hand ook een 'op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen'. Ten onrechte zou ik menen.

6. Toetsing aan het stelsel der wet; uitwerking

Bij beantwoording van de vraag, zegt de Hoge raad, waar de grens voor doorwerking ligt, zal voorts mede rekening moeten worden gehouden met het stelsel van de wet. De Hoge Raad toetst in het Rotte Sinaasappelen arrest aan de wet betreffende de overeenkomst van zeevervoer en met name aan art. 472 lid 2 K. Dit artikel komt naar mijn mening hiervoor echter niet in aanmerking. Art. 472 lid 2 K handelt over de bescherming die derden (ondergeschikten) kunnen ontlenen aan tussen andere partijen overeengekomen exoneratiebedingen. Het gaat om doorwerking ten behoeve van derden. Dit berust op geheel andere beginselen dan doorwerking ten nadele van derden, het onderwerp van het onderhavige arrest. (Zo ook Kortmann: AA 1987, blz. 782).

Wanneer het NBW zal zijn ingevoerd, kan getoetst worden aan art. 3.10.4A.2. Het systeem van doorwerking dat alsdan uit de wet voort zal vloeien is hierboven reeds aangeduid. Bevoegdheidsverlening door de eigenaar en bij ontbreken daarvan gerechtvaardigd vertrouwen op gedragingen van de eigenaar welke de schijn van bevoegdheidsverlening inhouden of gerechtvaardigd vertrouwen in de al of niet door de eigenaar in het leven geroepen schijn van eigendom bij de tussenpersoon (vgl. mijn diss. blz. 124 e.v.).

De vraag is of aan de cargadoor toestemming (de vrije hand) is verleend om met betrekking tot de sinaasappels de betreffende overeenkomst met de stuwadoor aan te gaan, wordt door de Hoge Raad wel erg snel beantwoord. Citronas c.s. zijn eigenaar en zij hebben geen enkel contact met de vervoerder of de cargadoor gehad, zodat het antwoord voor de hand lijkt te liggen. Toetsing aan het stelsel van het NBW brengt ons bij art. 3.10.4A.2 lid 1. De retentor kan zijn retentierecht mede inroepen tegen derden die een recht op de zaak hebben verkregen, nadat zijn vordering was ontstaan en de zaak in zijn macht was gekomen. Onder het huidige recht wordt dezelfde

oplossing verdedigd onder analoge toepassing van art. 1612 BW: koop breekt geen huur. Een persoonlijk gerechtigde kan soms zijn persoonlijk recht niet alleen geldend maken tegenover de eigenaar, maar ook tegenover diens rechtsopvolgers.

In dit kader lijkt het mij een belangrijke voorvraag of de oorspronkelijke eigenaar/afzender gebonden zou zijn aan de exoneratieclausule van de stuwadoor. Indien deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, kan er op grond van analoge toepassing van art. 1612 BW een krachtige redenering opgezet worden om dan ook Citronas c.s. gebonden te achten. De hamvraag wordt nu of de afzender toestemming c.q. opdracht heeft gegeven, of de schijn daarvan heeft gewekt, dat de goederen opgeslagen zouden worden ook na de drie dagen die voor zijn rekening komen. Het is niet uitgesloten dat krachtens de koopovereenkomst de verkoper/afzender voor de partij sinaasappels zorg moest dragen tot ze door Citronas c.s. opgehaald zouden worden, en dat de verkoper door middel van de op eigen naam handelende cargadoor aan zijn verplichting heeft voldaan. Nog sterker: dit is mijns inziens de meest waarschijnlijke gang van zaken. Krachtens de koopovereenkomst zal de verkoper toch wel niet gerechtigd zijn de sinaasappels onbeheerd achter te laten, zelfs wanneer de koper te laat zal zijn met afhaken. Bij creditteursverzuim van de koper zal de koper het risico voor de goederen gaan dragen, hij zal de extra opslagkosten moeten betalen, en soms mag de verkoper de goederen voor rekening van de koper verkopen, maar het in de steek laten van de goederen is niet toegestaan, tenzij partijen anders overeengekomen zijn, hetgeen onwaarschijnlijk is. In deze normale feitelijke constellatie zal de op eigen naam handelende cargadoor de goederen dus doen opslaan in opdracht van (uiteindelijk) de verkoper. Deze zal gebonden zijn aan de exoneratieclausules en krachtens analoge toepassing van art. 1612 BW dienen ook Citronas c.s. daaraan gebonden te zijn. Dat Citronas c.s. reeds eigenaar waren voordat de stuwadoor zijn rechten verkreeg, staat daaraan niet in de weg. De stuwadoor leidt zijn positie immers af van de cargadoor en via deze van de vervoerder, welke laatste naar ik aanneem zijn bevoegdheden verkreeg voordat Citronas eigenaar was. En zoals een opvolgend eigenaar de gehele huurverhouding overneemt en deswege eventuele later ontstane rechten van onderhuurders zal moeten eerbiedigen, mits bevoegd verleend, zo ook menen Citronas c.s. de verhouding met de vervoerder met betrekking tot de sinaasappels

over en zullen Citronas c.s. de bevoegd door de vervoerder via de cargadoor gevestigde rechten van de stuwadoor dienen te eerbiedigen, uiteraard vooropgesteld dat Citronas c.s. de bevoegdheid van de vervoerder niet ingetrokken hebben.

Het Rotte Sinaasappelen arrest is in zoverre onbevredigend dat de Hoge Raad kennelijk niet voldoende feiten voorhanden acht om tot de hierboven geschilderde normale afwikkeling te kunnen komen. De Hoge Raad klaagt er in dit verband over dat de betreffende overeenkomsten niet zijn overgelegd. Dit heeft tot gevolg dat de Hoge Raad de oplossing kiest die slechts past bij het onwaarschijnlijke geval dat partijen overeengekomen zouden zijn dat de verkoper de sinaasappels onbeheerd mocht achterlaten, hetgeen de verkoper vervolgens ook gedaan zou hebben, waarna de cargadoor zonder opdracht en op eigen houtje de sinaasappels kon gaan beheren. In deze situatie ontbreekt inderdaad een rechtvaardiging voor doorwerking. De band met de verkoper is doorgesneden en een afzonderlijke band met de ladingbelanghebbende bestaat niet.

De rechtsfiguur krachtens welke alsdan eventueel van Citronas c.s. loodshuur zou kunnen worden gevorderd, zou mijns inziens zaakwaarneming kunnen zijn, indien er een zekere noodzaak bestond om de sinaasappels te gaan beheren en de ladingbelanghebbende hierover redelijkerwijs niet geraadpleegd kon worden.

Tenslotte wil ik opmerken dat het feit dat Citronas c.s. begunstigen waren uit derdenbeding, met als achterliggende contractsverhouding de vervoerovereenkomst tussen de zeevervoerder enerzijds en de afzender anderzijds, waarbij de afzender voor Citronas c.s. bedongen heeft dat deze uitlevering van de goederen kan vorderen, waarop de stuwadoor zich in het cassatiemiddel beroept, niet meebrengt de gebondenheid van Citronas c.s. aan de exoneratieclausule van de stuwadoor. In de eerste plaats behoeven Citronas c.s. het derdenbeding niet te aanvaarden. Zij kunnen als eigenaar zelfstandig uitlevering van hun goederen eisen. In de tweede plaats staat, zoals hierboven betoogd, niet vast dat het optreden van de cargadoor voor wat betreft het ontvangersaandeel in eigen naam en uit eigen hoofde een uitvloeisel was van de vervoerovereenkomst. Indien de cargadoor inderdaad optreedt als zaakwaarnemer, dan kunnen aan Citronas c.s. met betrekking tot deze zaakwaarneming geen verplichtingen voortspuitend uit de vervoersovereenkomst worden tegengeworpen.

7. Conclusie

Het blijft moeilijk in te schatten welke gevallen de Hoge Raad zal honoreren met 'de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept', de regel uit het arrest Securicor. De door Snijders voorspelde rechtsonzekerheid is hier realiteit. Geheel open ligt daarnaast nog het door de Hoge Raad open gelaten terrein voor nog andere regels op grond waarvan doorwerking mogelijk is. Houvast kan hier voor zover ik zie niet geboden worden.

Ter zake van toevertrouwde goederen is het beeld in het Rotte Sinaasappelen arrest duidelijker geworden. Voor bescherming van de exonerant kan een beroep worden gedaan op bepaalde gedragingen van de derde. Het uit handen geven van de goederen door de derde gecombineerd met het toestaan dat met betrekking tot die goederen een overeenkomst met een derde gesloten wordt, kan aan de exonerant in beginsel het te beschermen vertrouwen geven dat de exonertieclausule ook aan de derde tegengeworpen kan worden. Welke gedragingen daarvoor nog meer volstaan blijft een open vraag.

Een praktisch probleem is, dat de gedragingen van de derde niet aan de exonerant kenbaar behoeven te zijn. Het geven van de vrije hand speelt zich in de relatie tussen de derde en de tussenpersoon. Toch moet de exonerant dit feit boven water krijgen om een kans op doorwerking te maken. In het Rotte Sinaasappelen arrest is dit de exonerant kennelijk niet gelukt. Het niet overleggen van de overeenkomst tussen de afzender en de zeevervoerder en die tussen de afzender en Citronas c.s. beperkte de kansen voor de stuwadoor. Mijn inziens dient de rechter hier de exonerant te hulp te schieten met behulp van feitelijke vermoedens. Gegeven een feitelijke situatie waarin de exonerant de goederen van een niet-eigenaar verkregen blijkt te hebben en op grond van onrechtmatige daad wordt aangesproken door de eigenaar, zou ik geneigd zijn zeer spoedig een vermoeden aan te nemen dat er tussen de eigenaar en de niet-eigenaar een contractuele relatie bestaat, eventueel via een of meerdere 'tussenschakels', en dat de niet-eigenaar bevoegd, krachtens die contractuele relatie, de overeenkomst met de exonerant gesloten heeft. Dit is immers de normale situatie. De gelaedeerde eigenaar moet dan bewijzen dat zulks niet het geval is. De eigenaar is de meest gerede partij om zulks te bewijzen daar hij in tegenstelling tot de exonerant

de gegevens ter beschikking heeft omtrent zijn relatie met de tussenpersoon/niet-eigenaar.

Welke richtlijnen kunnen nu opgesteld worden met het oog op de onderaannemer die in opdracht van een in eigen naam handelende hoofdaannemer een vloer aanlegt of een lichtkoepel zandstraalt en daarbij schade veroorzaakt aan de eigenaar/aanbesteder, die op grond van onrechtmatige daad de onderaannemer aanspreekt? Ik ga voorbij aan de vraag wanneer het mogelijk is de aannemer uit onrechtmatige daad aan te spreken (men zie daarover mijn artikel in *WPNR* 5799). Twee situaties zijn dan te onderscheiden, hoewel zij tegelijk voor kunnen komen. Het kan zijn dat de onderaannemer slechts slecht werk aflevert, waardoor de aanbesteder nadeel ondervindt: de vloer is bijvoorbeeld niet goed gelegd. Het kan ook zijn dat het eigendom van de aanbesteder beschadigd raakt, hetgeen bijvoorbeeld met onjuist zandstralen het geval kan zijn.

In het eerste geval zal de onderaannemer zijn met de hoofdaannemer overeengekomen exoneratieclausule niet kunnen tegenwerpen aan de aanbesteder, zelfs niet indien de aanbesteder aan de hoofdaannemer opdracht heeft gegeven tot het sluiten van die overeenkomst. Dit is de regel uit het arrest *Moffenkit*. Er bestaat geen contractuele band tussen aanbesteder en onderaannemer en er is geen sprake van door de eigenaar via een tussenpersoon aan de onderaannemer toevertrouwde goederen. Hooguit kan de onderaannemer eventueel bij wege van derdenbeding een beroep doen op door de hoofdaannemer te zijner behoefte bedongen bescherming. Deze bescherming kan expliciet of stilzwijgend bedongen zijn, maar kan ook voortvloeien uit de aard der overeenkomst.

In het tweede geval is er wel sprake van door de eigenaar aan de onderaannemer toevertrouwde zaken. De aanbesteder zal immers toestemming hebben gegeven aan de hoofdaannemer om de betreffende overeenkomst met de onderaannemer te sluiten, of zal de schijn daarvan hebben gewekt. Het zal duidelijk zijn dat ook bij juiste legging van de vloer en bij juiste zandstraling der lichtkoepels beschadigingen worden aangebracht aan zaken van de eigenaar. Gaten zullen worden gemaakt voor bevestiging van de vloer en het glas der lichtkoepels zal aangetast worden. Het is evident dat de eigenaar hierover niet kan klagen. In zoverre werkt het contract tussen hoofdaannemer en onderaannemer, waarbij de onderaannemer toestemming kreeg tot het maken van die 'beschadigingen', door ten opzichte van de eigenaar.

De reden hiervoor is dat de eigenaar zulks gewild heeft, en dat hij via een tussenpersoon aldus over zijn goederen vermog te beschikken. Indien nu de onderaannemer door onjuiste uitvoering van het hem opgedragen werk meer beschadigingen aan de zaak van de eigenaar toebrengt dan hem was toegestaan, dan kan hij tegenover de eigenaar een beroep doen op een door hem bedongen exoneratieclausule. Ook die exoneratieclausule vormt een beding met betrekking tot de toevertrouwde zaak. Het regels immers wie de schade van herstel moet dragen bij voorkomende ongelukken. De instemming, of de schijn daarvan, van de eigenaar met de overeenkomst waarin de exoneratieclausule voorkomt, vormt, in de woorden van de Hoge Raad, de gedraging waarop het vertrouwen van de onderaannemer kan worden teruggevoerd dat de exoneratieclausule uit zijn overeenkomst met de hoofdaannemer ook ingeroepen kan worden tegenover de eigenaar/aanbesteder.

WAT VRAGEN BIJ HET WETSVORSTEL PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

mr C.J.J.M. Stolker

1. Inleiding

Zo pas verscheen een voorstel van wet met betrekking tot de inpassing van de EG-richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor produkten in het geldende Burgerlijk Wetboek¹⁾. Sinds in de zomer van 1985 nogal onverwacht in Europees verband overeenstemming werd bereikt over een uniforme regeling, is produktenaansprakelijkheid weer volop in de belangstelling komen te staan²⁾. Nu is daar dan het wetsvoorstel: een elftal artikelen en een summiere toelichting. De lezer van die toelichting zou zich vaak een uitvoeriger commentaar wensen, maar daarvan is kennelijk bewust afgezien. Enerzijds misschien omdat achter het voorstel haast moest worden gezet. Anderzijds wensten de schrijvers van de toelichting waarschijnlijk ook zo min mogelijk eigen opvattingen te geven, omdat het niet aan hen is de richtlijn uitleggen. Die uitleg is uiteindelijk aan het Europese Hof van Justitie.

Uiterlijk augustus 1988 is het zover. De tekst van het wetsvoorstel valt nagenoeg samen met die van de richtlijn. Alleen daar waar de richtlijn ruimte laat aan afwijkende opvattingen, is men wat uitvoeriger: het ontwikkelingsrisico, limitering van schadevergoeding en onverwerkte landbouwprodukten. Daarover wil ik het nu niet hebben. Ik wil hier slechts een ogenblik stilstaan bij een aantal ándere punten waarover de wetgever heeft (of zal) moeten beslissen.

Soms betrap ik mijzelf er op om mét het van kracht worden van de nieuwe regeling voor produktenaansprakelijkheid het 'oude' 1401 BW als passé te beschouwen. Dat is beslist ten onrechte als men kijkt

1) No. 19636, TK 1985-1986 nrs. 1-3.

2) Ik noem alleen al A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, Produktenaansprakelijkheid, 1986 en J. van Schellen, Produktaansprakelijkheid: de onvoorzichtige consument, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1987, blz. 3 e.v.

naar de in het wetsvoorstel gegeven regeling van verjaring en verval. Zo hoop ik aan te tonen in no. 3.

Vooraf in die gevallen waarin de schade op termijn intreedt, doen die korte termijnen zich gevoelen. Men denke bijvoorbeeld aan gebrekkige geneesmiddelen die ook - anders dan in West-Duitsland - onder de korte termijnen van artikel 1407f vallen. Is er, voor wat die geneesmiddelen betreft, reden om zo kortaf te zijn? Ik meen van niet. In het laatste stuk van dit artikel wil ik aantonen dat het slachtoffer van een ondeugdelijk geneesmiddel het al moeilijk genoeg zal hebben (no. 4). Maar eerst aandacht aan de voorgestelde plaatsing van de produktenaansprakelijkheidsregeling: na artikel 1407 BW.

2. Een vreemde plaats

Allereerst de plaatsing in het BW. Gekozen is voor invoeging ná artikel 1407 BW. Dat gaat over vergoeding van letselschade. In mijn ogen is dat een vreemde plaats. Waarom is de nieuwe regeling niet ondergebracht bij de overige risico-aansprakelijkheden: voor personen (1403), dieren (1404) en gebouwen (1405)? Ik zou dan kiezen voor een plaatsje tussen de dieren en de gebouwen, dus: 1404a e.v. In elk geval misstaat het - ook dogmatisch gezien - op de plaats die men nú op het oog heeft. De artikelen 1406 en 1407 vormen geen zelfstandige aansprakelijkheidsgronden, maar zien terug op de artikelen 1401 t/m 1405 die wél op eigen benen staan. Het 1406/1407-paar geeft slechts aan wie kan vorderen, wát en hoeveél³⁾.

3. Van verjaring en verval

Om de pijn voor de producenten wat te verlichten kent het wetsvoorstel, in navolging van de richtlijn, een tamelijke korte verjaringsstelsel. Art. 1407f luidt:

"De rechtsvordering tot schadevergoeding van de benadeelde tegen de producent ingevolge artikel 1407a, eerste lid, verjaart

3) Bovendien wordt door de huidige plaatsing gesuggereerd dat de produktenaansprakelijkheidsregeling losstaat van 1406/1407, zodat de rechter bijvoorbeeld niet meer zou kunnen toekomen aan de matigingsmogelijkheid van 1407. Dat zal niet de bedoeling zijn.

door verloop van drie jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit⁴⁾ van de producent bekend is geworden of had moeten worden".

Dat betekent dat het slachtoffer binnen drie jaren nadat hem zowel de schade, als het gebrek, als de producent bekend is geworden (of had moeten worden) een *rechtshandeling* dient in te stellen. Hij heeft dus geruime tijd om zijn kansen in een mogelijke procedure te schatten.

Gevaarlijk is voor hem de vervaltermijn van het tweede lid van artikel 1407f:

"Het recht op schadevergoeding van de benadeelde jegens de producent ingevolge artikel 1407a, eerste lid, vervalt door verloop van tien jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de producent de zaak die de schade heeft veroorzaakt, in het verkeer heeft gebracht (...)".

Dus: tien jaar nadat het produkt in het verkeer is gebracht vervalt het *recht op schadevergoeding*. Stel nu het volgende geval: meneer A koopt een keukengeiser die 9 jaar en 10 maanden eerder door zijn producent in het verkeer is gebracht. Nadat de geiser is bevestigd en meneer A hem voor het eerst wil gebruiken, ontsnapt aan het apparaat een steekvlam, waardoor A voor de rest van zijn leven een oog moet missen. Vaststaat dat het gaat om een gebrek in de zin van de nieuwe regeling waarvoor de producent aansprakelijk is.

A is nog zo helder om meteen de producent van het gebrekkige apparaat te dagvaarden ten einde schadevergoeding te krijgen. Twee maanden later ontvangt het slachtoffer evenwel een brief van de producent waarin deze zich beroept op de dan inmiddels verstreken termijn van 10 jaar. Met vriendelijke groeten.

Slaagt dit beroep? Dat kan niet de bedoeling zijn, en dat zal ook zeker niet de bedoeling zijn. Sowieso duren civiele procedures al jaren en het zou onaanvaardbaar zijn als de producent zich aan aansprakelijkheid zou kunnen onttrekken door eenvoudig een bepaalde tijd te procederen, tot aan de vervaltermijn. Anderzijds, een vervaltermijn verschilt nu juist hierin van een verjaringstermijn, dat een vervaltermijn niet kan worden geschorst of gestuit. Vervaltermijnen

4) Het wetsvoorstel kent een termijn die één dag langer is dan art. 10 van de richtlijn voorschrijft: "op de dag ..." tegenover "de dag volgende op die ...".

zijn als een guillotine voor het onderliggende recht. Of zoals Lichtenauer in 1932 schreef: "Voor dengeen, die door het verlopen van een zodanigen termijn wordt bedreigd, geldt het, als hij eenmaal optreedt, te overwinnen of te sterven"⁵⁾. Deze consequentie ging Lichtenauer althans voor sommige gevallen te ver. Hij meende "dat de rechtzoekende zelf het verlopen van den termijn ... kan stuiten door stappen om zijn recht te *verwezenlijken*..."⁶⁾. Toch is het nog maar de vraag of Lichtenauer in deze zienswijze door het thans geldende recht wordt bijgevalen. Zo stellen Rutten, en in zijn voetspoor Hartkamp, de kennelijk retorisch bedoelde vraag of het begrip stuiting op deze manier "niet buiten redelijke grenzen (wordt) uitgebreid?"⁷⁾.

Het gaat mij er niet om wie gelijk heeft. Het lijkt mij toch dat iets aan dit tweede lid moet worden toegevoegd; net zoals ook de *richtlijn* in artikel 11 de toevoeging kent: "tenzij de gelaedeerde gedurende die periode een gerechtelijke procedure tegen hem heeft ingesteld"⁸⁾.

Is dat voldoende? De vraag is namelijk of het ook om een *dagvaarding* moet gaan, of dat een enkele mededeling aan de producent al voldoende is, een mededeling waarin het slachtoffer stelt schade te hebben geleden als gevolg van een gebrek in het produkt. Ik zou wensen dat die mededeling al voldoende is, want het eisen van een dagvaarding als voorwaarde voor aansprakelijkheid kan zeer onrechtvaardig uitpakken. Stel dat meneer A niet ogenblikkelijk een advocaat wilde inschakelen, maar voorlopig wilde aansturen op een minnelijke schikking met de producent. Door vervolgens de zaak op advies van zijn juristen wat te traineren, wellicht zelfs door de gedupeerde de valse indruk te geven dat hij wel wil betalen, kan de producent bereiken dat het recht op schadevergoeding van het slachtoffer komt te vallen onder het mes van de 10-jarentermijn. Dát is met recht stuitend.

5) W.F. Lichtenauer, De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren, diss. Leiden 1932, blz. 91.

6) T.a.p.

7) Asser-Rutten I 1981, blz. 497; Asser-Rutten-Hartkamp I* 1984, no. 690.

8) In anderstalige versies van de richtlijn: "... instituted proceedings ..."; "... engagé une procédure judiciaire ..."; .. ein gerichtliches Verfahren ... eingeleitet ...".

En dat is ook de reden waarom in het nieuwe BW alle schadevergoedingsvorderingen aan een verjaringstermijn worden gebonden; en deze verjaringstermijn kan wordt gestuit door een 'daad van rechtsvervolging', maar óók door een schriftelijke aanmaning of mededeling (art. 3.11.17). De wetgever licht dat als volgt toe: "Het is niet gewenst, dat men de schuldeiser dwingt een procedure te beginnen. Wellicht is er voorlopig nog niets op de schuldenaar te verhalen of is de schuldeiser bereid zijn schuldenaar enig uitstel toe te staan"⁹⁾. Naar mijn oordeel speelt precies hetzelfde in de verhouding slachtoffer van een gebrekkig produkt en producent. Mijn vraag zou zijn of de richtlijn ruimte biedt om meneer A te hulp te schieten door te bepalen dat de vervaltermijn wordt gestuit door een schriftelijke mededeling van het slachtoffer dat hij schade heeft geleden.

Niet alleen de beminnelijke meneer A die weigert ogenblikkelijk met exploiten te strooien is de dupe van deze regeling. Nóg spreken-der geldt dat voor hem die één dag voor het verstrijken van de vervaltermijn schade lijdt als gevolg van het gebrekkige produkt. Die kán niet eens meer dagvaarden, al zou hij dat willen.

In mijn ogen zou een veel mooiere en rechtvaardiger regeling de volgende zijn. De producent is aansprakelijk voor schade die ontstaat binnen 10 jaren na het in verkeer brengen van het produkt; het recht op schadevergoeding verjaart door verloop van 3 jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden of had moeten worden (vergelijk art. 3.11.13). Zo'n regeling leidt ertoe dat iemand die enkele maanden of dagen voordat de 10 jaren zijn verstreken schade lijdt door een gebrekkig produkt, nog 3 jaren de tijd heeft om een rechtsvordering in te stellen. Maar ik vrees dat de richtlijn hiervoor geen ruimte laat.

Als dat het geval is dan zullen we nog minstens een aantal jaren moeten wachten op een betere consumentenbescherming: artikel 21 van de richtlijn legt de Commissie de plicht op aan de Raad van Ministers om de 5 jaar een verslag te sturen over de toepassing van de richtlijn, zo nodig met "passende voorstellen" tot verbetering. Tot zo lang zal het slachtoffer van een gebrekkig produkt moeten rekenen met de

9) Parl. Gesch. boek 3, blz. 936.

thans gekozen termijnen. Bij het verstrijken daarvan zal hij terug moeten vallen op de schuldaansprakelijkheid van 1401 B.W.

Als het wetsvoorstel eenmaal wet is geworden, dan is het voor de koper van een produkt niet zonder belang te weten *wanneer*, voor wat betreft het door hem gekochte produkt, het eventuele recht op schadevergoeding zou komen te vervallen. Immers, schaft hij zich een produkt aan dat 9 jaar eerder in het verkeer werd gebracht, dan kan hij slechts gedurende één jaar bescherming van de nieuwe wet verwachten. Gaat het daarentegen om een produkt dat pas enkele maanden tevoren in het verkeer werd gebracht, dan strekt diezelfde bescherming zich uit over een veel langere periode.

Op pakken melk staat altijd een uiterste verkoopdatum aangegeven. Soms ook staat er op aan bederf onderhevige produkten vermeld vóór welke datum het produkt verbruikt moet worden. Het gaat er dan om de consument te waarschuwen tegen het gebruik van een inmiddels gebrekkig produkt.

Nu met een sprong naar de aansprakelijkheid voor gebrekkige produkten. Is het ondenkbaar dat in de toekomst de fabrikanten van tal van produkten zullen aangeven wat de "uiterste vervaldatum" voor het desbetreffende produkt is¹⁰⁾? Of, iets vriendelijker ogend, wanneer het produkt in het verkeer werd gebracht? Misschien dat ze ertoe worden verplicht door de wetgever, dan wel dat zij daartoe worden gemaand door de consumentenorganisaties. Zoiets lijkt mij logisch uit de regeling voort te vloeien.

4. Schade op termijn: gebrekkige geneesmiddelen

De vervaltermijn van 10 jaren is niet lang. Dat geldt zeker voor gebrekkige *geneesmiddelen*. Het is immers allerminst ondenkbaar dat in die gevallen de schade pas veel later dan binnen 10 jaren naar buiten treedt. Het slachtoffer vist dan achter het net.

10) Ik sprak over een 'sprong' want het gaat natuurlijk om twee verschillende zaken: de waarschuwing wanneer een produkt 'gebrekkig' zal zijn geworden enerzijds, en de waarschuwing per wanneer de consument zich niet meer op artikel 1407a e.v. kan beroepen. Het is dus niet meer dan een associatie.

Het kan ook anders: als reactie op de Softenonaffaire bestaat er in West-Duitsland sinds 1978 een Arzneimittelgesetz¹¹⁾. Daarin is neergelegd een risico-aansprakelijkheid voor de fabrikant van gebrekkige geneesmiddelen. Met deze wet loopt West-Duitsland in feite vooruit op de *algemene* risico-aansprakelijkheidsregeling waartoe de richtlijn verplicht. Deze Arzneimittelgesetz kan onveranderd in stand blijven¹²⁾. In de overwegingen voorafgaande aan de richtlijn staat te lezen:

"Overwegende dat de gelaedeerde volgens de rechtstelsels van de Lid-Staten een recht op schadevergoeding kan hebben uit hoofde van een contractuele aansprakelijkheid of uit hoofde van een andere buitencontractuele aansprakelijkheid dan die waarin deze richtlijn voorziet; dat wanneer dergelijke bepalingen ook een doeltreffende bescherming van de consument tot doel hebben, ze door deze richtlijn onverlet moeten worden gelaten; dat, wanneer een doeltreffende bescherming van de consument in de sector farmaceutische produkten in een Lid-Staat ook reeds wordt gewaarborgd door een speciale aansprakelijkheidsregeling, maatregelen uit hoofde van die regeling eveneens mogelijk moeten blijven"¹³⁾.

Nu is het opmerkelijk dat de Arzneimittelgesetz in paragraaf 90 een verjaringstermijn kent van drie jaren

"von dem Zeitpunkt an, in welchem der Ersatzberechtigte von dem Schaden, von den Umständen, aus denen sich seine Anspruchsberichtigung ergibt, und von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreissig Jahren von dem schädigenden Ereignis an"¹⁴⁾.

Dat is nog iets anders dan de 10 jaar-buitengrens van de richtlijn en ons ontwerp 19 636! Ik zou toch wensen dat we in Nederland niet te snel genoeg nemen met datgene waartoe de richtlijn verplicht, zeker niet als het om geneesmiddelen gaat. Want juist dan kan blijken dat richtlijn en ontwerp tekort schieten. De moeilijkheid lijkt evenwel te

11) Gesetz zur Neuregelung des Arzneimittelrechts van 24 augustus 1976 (BGBl. 1976 I 2445). Zie over de ontstaansgeschiedenis E. Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht, Springer-Verlag 1983, blz. 247 e.v. Verder: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en C.J.J.M. Stolker, Geneesmiddelen en aansprakelijkheid, 1986, blz. 80 e.v.

12) Aldus Kullman, Haftung aus dem Arzneimittelgesetz (losbladig), blz. 4.

13) L 210/30.

14) Zie uitvoerig bijv. Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar 1981 (Kreft), blz. 158 e.v.

zijn dat de richtlijn erkent wat reeds is (de Duitse regeling bijvoorbeeld), maar daarentegen nieuwe regelingen niet toelaat. Is dat zo?

Bedenk bij dit alles bovendien dat het slachtoffer van een gebrekkig geneesmiddel al een aantal lastig te nemen hobbels op zijn weg naar schadevergoeding tegenkomt. Zo rust op hem de zware last te bewijzen dat het gewraakte produkt *gebrekkig* was. Die last rust weliswaar op het slachtoffer van welk gebrekkig produkt dan ook, maar bij geneesmiddelen kan er een extra complicatie zijn. Omdat er geen geneesmiddel zonder bijwerking bestaat - de Amerikaanse wetgeving spreekt wel van 'unavoidable dangerous products'¹⁵⁾ - ligt aan de introductie van elk geneesmiddel een nut/risico-afweging ten grondslag¹⁶⁾. Wat bij de bestrijding van de dodelijke hondsdolheid een aanvaardbaar risico lijkt (in een aantal gevallen overlijdt de patiënt als gevolg van het gebruik van het te geven geneesmiddel) is dat bij slapeloosheid natuurlijk niet. In beginsel zal de patiënt moeten aantonen dat de afweging nut/risico door producent (en overheid) onjuist is geweest. Dat bewijs zal veelal niet eenvoudig zijn.

Wat de gebrekkigheid betreft, in het tweede lid van artikel 6 staat te lezen dat een produkt niet als gebrekkig mag worden beschouwd uitsluitend omdat er nadien een beter produkt in het verkeer is gebracht. Men kan aan de automobielbranche denken: de introductie van een nieuw ABS-remsysteem in een Ford maakt mijn knalgele Eend, die niet van een dergelijk technisch snufje is voorzien, niet gebrekkig. Maar de lezer zij bedacht op het woordje "uitsluitend". Om terug te keren naar de geneesmiddelen: het is zeer wel mogelijk dat de komst van een nieuw geneesmiddel noodzaakt tot een nieuwe nut/risico-afweging. Stel dat er een nieuw geneesmiddel tegen hondsdolheid in het verkeer wordt gebracht dat niet de bijwerking heeft dat een bepaalde percentage van de gebruikers door het gebruik van het geneesmiddel komt te overlijden, dan behoort toch voor het "oude" geneesmiddel opnieuw te worden bepaald of het nog wel in het verkeer mag worden gebracht respectievelijk gelaten. Met andere

15) Comment k bij de Second Restatement of Torts par. 402A; zie voor de tekst bijv. Broekhuijsen/Stolker, a.w. 1986, blz. 86 e.v.

16) Uitvoerder: Broekhuijsen, a.w. 1986, blz. 30 e.v. en de daar genoemde literatuur.

woorden: in dat geval hoort voor het "oude" middel een nieuwe nut/risico-afweging te worden gemaakt met als waarschijnlijk gevolg dat het als "gebrekig" moet worden gekarakteriseerd.

Behalve het bewijs van gebrekigheid wordt van het slachtoffer van een gebrekig produkt ook het bewijs van *causaal verband* verlangd. Bij geneesmiddelen: het verband tussen het gebruik en de ontstane schade. Ook dat bewijs zal vaak minder gemakkelijk te leveren zijn dan men op het eerste gezicht geneigd is te denken. Zo blijkt het de slachtoffers van het beruchte Dalkon-schildje voor de rechter vaak slecht te vergaan, vooral vanwege dat moeilijk te leveren bewijs van *causaal verband*¹⁷⁾. Hoe toont een vrouw desgevraagd aan dat haar onvruchtbaarheid is te wijten aan het gebruik van het schildje en niet bijvoorbeeld aan een van de overdraagbare geslachtsziekten?

Kortom: de patiënt die meent het slachtoffer te zijn van een gebrekig geneesmiddel staat behalve een betrekkelijk korte vervaltermijn nog een aantal andere hinderpalen in de weg: het bewijs van gebrekigheid en van *causaal verband*. Nog niet gesproken van een 'state of the art-defence'. Moet hij zich nu óók nog verlaten op het gemene *schuld-aansprakelijkheidsrecht* (1401 BW) - geen aansprakelijkheid zonder dat de producent van verwijt valt te maken?

Daar komt nóg iets bij: naar het thans geldende burgerlijk recht is de *verkoper* in veel gevallen aansprakelijk voor de schade die ontstaat als een door hem verkocht produkt ondeugdelijk blijkt te zijn. Ook al heeft hij het niet zélf vervaardigd. Hij is aansprakelijk op basis van een "contractuele risico-aansprakelijkheid"; immers, voor een geslaagde vordering op grond van wanprestatie is niet noodzakelijk dat de verkoper schuld te verwijten valt. Slechts bij hoge uitzondering kan de verkoper zich wellicht op overmacht beroepen, maar die zal *hij* dan moeten bewijzen¹⁸⁾.

Om van deze aansprakelijkheid een voorbeeld te geven: een apotheker verkoopt een niet door hem vervaardigd gebrekig genees-

17) Zie de rechtspraak bijv. genoemd door P. Pendergast en H.L. Hirsch, *Medicine and Law* 1986, blz. 35 e.v.

18) M.b.t. geneesmiddelen: Broekhuijsen/Stolker, a.w. 1986, blz. 21 e.v.

middel aan meneer B. B houdt daaraan blijvende gehoorstoornissen over. Naar geldend recht is de apotheker aansprakelijk. Hij zal zich op zijn beurt maar tot de fabrikant van het gebrekkige geneesmiddel moeten wenden.

Naar komend recht, in het nieuwe BW, komt daarin evenwel verandering: in de regel zal de verkoper van een gebrekkig produkt niet meer aansprakelijk zijn voor schade die door dat gebrek ontstaat (art. 7.1.3.7). Deze ommezwaai wordt verdedigd met een verwijzing naar het nieuwe produktenaansprakelijkheidsrecht dat tegen die tijd zal zijn ingevoerd¹⁹⁾. Maar kijken we nog eens naar meneer B, die schade leed door het gebrekkige geneesmiddel. Als de schade niet te lang op zich laat wachten kan hij met succes de producent aanspreken. Maar als de schade - kort gezegd - later dan na 10 jaren optreedt, dan is meneer B slechter af dan onder het geldende recht. Thans kan hij immers gedurende 30 jaren de apotheker aanspreken. Na invoering van het nieuwe BW en wetsvoorstel 19 636 kan dat niet meer. Het enige wat hij dan nog kan doen is de producent aanspreken uit onrechtmatigde daad. En de (bewijs-)positie waarin het slachtoffer dan terecht komt is bekend: die is slecht. Voor deze vordering heeft hij maximaal 20 jaar de tijd (art. 3.11.13).

De conclusie lijkt te zijn dat na invoering van de regel van artikel 7.1.3.7 Nieuw BW de positie van de gelaedeerde consument slechter wordt dan hij nu is. Daar staat niets tegenover. Zou de positie van de gedupeerde consument niet alsnog kunnen worden versterkt?

5. Tot slot: 1401 BW passé?

Zoals ik in mijn inleiding schreef: ik betrap mijzelf er soms op mét de komst van de produktenaansprakelijkheidsregeling het oude 1401-aansprakelijkheidsrecht voor gebrekkige produkten als 'passé' te beschouwen. Dat is zeker onjuist als men artikel 1407f raadpleegt. En zelfs al zouden die termijnen bijvoorbeeld voor geneesmiddelen langer gekozen worden, dan nog zal veel afhangen van de wijze waarop de rechter in de toekomst het begrip 'gebrekkig' zal interpreteren, én

19) Zie MvA bij 16 979, nr. 8, blz. 21.

van de vraag hoe zwaar het bewijs van die gebrekkigheid en van het causaal verband op de schouders van het slachtoffer zal drukken. In de Verenigde Staten, dat een risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten kent, blijkt vaak dat het slachtoffer alleen dán er in slaagt te bewijzen dat een produkt gebrekkig is, door aan te tonen dat de producent *verwijtbaar* heeft gehandeld. Met andere woorden: het gebrekkigheidsbewijs vergt vaak een bewijs van verwijtbaar handelen. Als dat ook in Europa praktijk zou worden, dan zou de gedupeerde consument veelal niet meer dan een gewone schuldaansprakelijkheid voor gebrekkige produkten gekregen hebben.

Bovendien bedenke men dat een geval zoals dat speelde in "Moffenkit"²⁰⁾ niet onder de produktenaansprakelijkheids-regeling zal gaan vallen (ofschoon we ook in dat geval wel van "produktenaansprakelijkheid" spreken). Het ging toen weliswaar om een gebrekkig produkt - ondeugdelijke lijm waardoor de verbinding tussen rioolbuizen losliet - maar een *onveilig* gebrekkig produkt was het *niet*²¹⁾. In dit soort gevallen zal de gedupeerde ook nà augustus 1988 zijn vordering op 1401 BW moeten blijven baseren.

Om tal van redenen blijven lekkende kruik en Moffenkit in Van Zeben/Sterk.

20) HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (GJS).

21) Vergelijk A.R. Bloembergen, *Bouwrecht* 1966, blz. 327.

IN RE CHARGE CARD SERVICES LTD.

mr W.A.K. Rank

Een jurist die alleen maar zijn eigen nationale recht bestudeert en die zich niets aantrekt van het recht dat in andere landen geldt, is te vergelijken met een bewoner van het platte vlak, die van het bestaan van een derde dimensie niet wil weten.

Om niet voor een dergelijke persoon te worden aangezien probeert de schrijver in de onderhavige bijdrage zijn grenzen te verleggen en zo zijn horizon - en wellicht de uwe - te verbreden.

1. Inleiding

In re Charge Card Services Ltd. (1986), TLR 6 17¹⁾, kreeg een Engelse rechter²⁾ de mogelijkheid een antwoord te geven op de prangende vraag of een betaling per creditcard een betaling onder dan wel een betaling zonder voorbehoud constitueert.

In het onderstaande zullen de in deze uitspraak aan de orde komende problemen (en hun oplossing door de Engelse rechter) naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht worden gezien.

Eerst komen casuspositie en rechtsvragen aan bod. Aansluitend wordt de oplossing van de Engelse rechter besproken. Daarna volgt een beschrijving van het Nederlandse recht op dit stuk. Vervolgens wordt de casus naar Nederlands recht behandeld. Een en ander wordt afgesloten met een conclusie.

2. Casuspositie

Op 1 juni 1982 wordt Charge Card Services Ltd. actief als emittent

1) Times Law Report, June 17, 1986.

2) Justice Millett, Chancery Division, hier bevoegd als 'Companies Court'.

van de zgn. Fuel Card. Deze kaart moet haar houder in staat stellen bij erkende garagebedrijven benzine en aanverwante produkten geleverd te krijgen, zonder deze direct contant te moeten betalen. Om dit doel te bereiken, sluit Charge Card allereerst de nodige 'membership contracts' met representatieve garagisten. Een 'member garage' verplicht zich jegens Charge Card de houder van een Fuel Card benzine en aanverwante produkten te leveren op de enkele voorwaarde dat de kaarthouder bij zo'n transactie een geldige Fuel Card overlegt en de desbetreffende factuur in drievoud ondertekent. Charge Card verplicht zich jegens de 'member garage' het door de kaarthouder bestede bedrag onmiddellijk na ontvangst van een copie van de factuur aan diezelfde 'member garage' te betalen. Vervolgens sluit de maatschappij de nodige kaarthouderscontracten met particulieren en bedrijven die aan zekere eisen van kredietwaardigheid voldoen. Charge Card verplicht zich jegens de kaarthouder een 'member garage' onmiddellijk na ontvangst van een copie van de factuur te voorzien van het door de kaarthouder bestede bedrag. De kaarthouder verbindt zich jegens Charge Card het bedrag in kwestie uiterlijk 14 dagen na ontvangst van een desbetreffende nota aan Charge Card te voldoen.

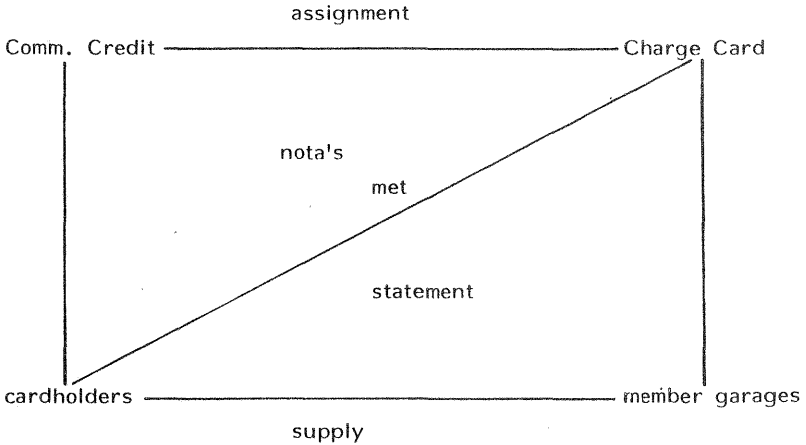
Op 1 december 1982 draait de zaak op volle toeren. De belangstelling voor de Fuel Card is zelfs zo groot dat Charge Card moet besluiten drie jaar lang geen nieuwe kaarthouders meer aan te nemen. Een probleem is alleen dat de maatschappij geregeld krap zit, omdat zij normaliter al tot betaling aan de garagebedrijven moet overgaan, voordat zij door de betrokken kaarthouders wordt gerembourseerd. Om dit probleem te ecarteren besluit Charge Card voor de toekomst in haar financiering te voorzien door 'factoring' van de door haar te ontvangen bedragen³⁾. Daartoe sluit zij op 15 februari 1983 een 'invoice discounting agreement' met Commercial Credit Services, op grond waarvan zij al haar tegenwoordige en toekomstige vorderingen op de kaarthouders bij wijze van 'assignment' aan Commercial Credit doet overgaan^{4) 5)}. Afgesproken wordt dat de kaarthouders van dit

3) Onder 'factoring' begrijpt men in Engeland, evenals te onzent, primair een vorm van kredietverlening waarbij het kredietrisico voor bepaalde vorderingen op de kredietverstrekker overgaat. Zie o.a. F. Salinger, Factoring, Croydon, 1984, p. 33 e.v.

4) Een 'invoice discounting agreement' is een factorovereenkomst, (vervolg noot)

gebeuren 'notice' wordt gedaan door middel van een 'statement' op de aan hen op te zenden nota's.

Schematisch ziet de situatie er dan als volgt uit:



Gaan de zaken eerst nog goed, al ras gaan zij slechter en slechter. Op 21 januari 1985 ziet Charge Card zich genoodzaakt haar activiteiten te staken. Op 2 of 4 februari gaat de maatschappij in 'creditors voluntary liquidation', in welk verband een zekere Bird tot 'liquidator' wordt benoemd^{6) 7)}. De crediteuren van Charge Card hebben

(vervolg noot)

waarbij enerzijds een derde zich jegens een crediteur verplicht bepaalde vorderingen van hem over te nemen en hem terzake van die vorderingen credieten te verschaffen en anderzijds de crediteur zich jegens de derde verplicht deze vorderingen onmiddellijk na hun ontstaan aan hem over te dragen. Vergelijk HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213 voor een soortgelijke overeenkomst.

- 5) Naar Nederlands recht zou men in plaats van 'assignment' van cessie spreken. Zie over deze figuur o.a. A.G. Guest, Anson's Law of Contract, 24th edition, Oxford, 1975, p. 423-439, en M.P. Furmston, Cheshire and Fifoot's Law of Contract, 9th edition, London, 1976, p. 494-508.
- 6) Een 'creditors voluntary liquidation' laat zich naar Nederlands recht nog het best vergelijken met een faillissement op eigen verzoek, gevolgd door een insolventiële ontbinding en vereffening. Zie in dit verband de Companies Act 1985 en de zgn. Winding Up Rules, alsmede R.R. Pennington, Pennington's Company Law, 5th edition, London, 1985, p. 879-886, i.h.b. p. 881-884.
- 7) De 'liquidator' - te vergelijken met onze vereffenaar c.q. onze
(vervolg noot)

op dat moment nog een kleine £ 2.000.000 van de maatschappij tegoed. Op haar beurt heeft Charge Card op dat moment nog zo'n £ 3.000.000 van haar kaarthouders onder factuur. Lijkt er aldus geen vuiltje aan de lucht, niettemin ontstaat er een geschil tussen de garages enerzijds en Commercial Credit anderzijds m.b.t. die gevallen, waarin de garagebedrijven de kaarthouders produkten hebben geleverd, maar waarin Charge Card de betrokken bedragen nog niet aan de garagebedrijven heeft betaald. De garagebedrijven stellen zich op het standpunt dat de kaarthouders deze bedragen rechtstreeks aan hen verschuldigd zijn, ook als de kaarthouders de emittent of diens 'assignee' al terzake zouden hebben betaald. Commercial Credit daarentegen meent dat de kaarthouders deze bedragen slechts aan haar verschuldigd zijn en dan nog alleen voorzover Charge Card terzake nog niet is schadeloos gesteld. Bird komt er ook niet uit en dagvaardt Commercial Credit en een tweetal garagisten, t.w. Henlys Plc. en Copes Service Stations Ltd. Op 10 maart 1986 krijgt Bird de opdracht de nog door de kaarthouders verschuldigde bedragen te innen en deze op een aparte rekening te storten. Diezelfde dag wordt Copes aangevoerd als procesvertegenwoordiger van alle garagisten. Bird incasseert vervolgens iets meer dan £ 2.000.000. Tegen deze achtergrond wijst de rechter op 12 juni vonnis.

3. Rechtsvragen

Het geschil in kwestie roept ten minste twee vragen op, een eerste (a) die ook door de rechter met zoveel woorden wordt gesteld en beantwoord, en een tweede (b), die slechts een impliciete rol speelt:

(a) Is betaling per creditcard een voorwaardelijke dan wel een onvoorwaardelijke betaling, d.w.z. geschiedt het tonen van de card en het tekenen van de invoice 'onder voorbehoud van goede afloop' of is er op dat moment sprake van bevrijdende betaling, of, anders gezegd, kan de aangesloten firma de kaarthouder nog aanspreken wanneer de uitgever in gebreke blijft of heeft zij de kaarthouder al

(vervolg noot)

faillissementscurator - heeft tot taak het vermogen van de vennootschap te verevenen en beschikt in dit verband over vrij vergaande bevoegdheden. Zie wederom R.R. Pennington, Pennington's Company Law, 5th edition, London, 1985, p. 890-972.

gekweet met het accepteren van de invoice, of, weer anders gezegd, komt een mogelijke wanprestatie van de uitgever voor risico van de kaarthouder - als deze de uitgever c.q. de 'assignee' al gerembourseerd heeft en vervolgens nog eens aan de 'member' moet betalen -, voor risico van de 'member' - als deze de kaarthouder niet kan aanspreken - of voor risico van de emittent c.q. 'assignee' - als de kaarthouder dezen nog niet betaald heeft en inmiddels tot betaling aan de 'member' is gehouden -?

(b) Constitueert het bedrag dat een kaarthouder bij een 'member' heeft besteed, maar waarvoor de uitgever de 'member' nog niet heeft gerembourseerd een rechtens relevante vordering van de uitgever op de kaarthouder, een vordering die door 'assignment' op een derde kan overgaan, of, anders gezegd, op welk moment ontstaat de vordering van de uitgever op de kaarthouder en wat zijn daarvan de consequenties?

4. Oplossing Engelse rechter

Justice Millett acht alleen Commercial Credit en niet Copes q.q. 'entitled to debts due from accountholders at the commencement of the liquidation'.

Ter adstructie van deze beslissing bespreekt de rechter eerst het wezen van het creditcardgebeuren om vervolgens een aantal overwegingen te wijden aan de vraag op welk moment een betaling per creditcard geacht moet worden te zijn voltooid.

Volgens de magistraat treedt er bij gebruikmaking van een creditcard niet een tripartite overeenkomst tussen uitgever, kaarthouder en aangesloten bedrijf in werking, maar een drietal afzonderlijke, bilaterale contracten. De overeenkomst waarbij kaarthouder en 'member' tot betaling per card besluiten is z.i. geen onafhankelijke, op zichzelf staande overeenkomst, maar 'merely an agreement as to the method of payment under the contract of supply', ongeacht of zij aan een dergelijk contract voorafgaat, er op volgt of ervan deel uitmaakt. De 'consideration' van het supply-contract ligt voor hem niet in het produceren van de kaart en het tekenen van de invoice, maar in de prijs van de geleverde produkten, een prijs die door de kaarthouder met zijn kaart is te voldoen.

Of een betaling per creditcard een absolute dan wel een voorwaardelijke betaling constitueert hangt volgens de rechter af van de - in casu te infereren - 'terms of the contract of supply'. Deze 'terms' verzetten zich wat hem betreft, anders dan bij betaling per cheque of per wissel, in beginsel tegen het aannemen van een voorbehoudsvermoeden. Ook een vergelijking met het onherroepelijk accreditief gaat z.i. niet op. Volgens Justice Millett wordt de creditcard, anders dan het accreditief, hoofdzakelijk gebruikt om te voorzien in de betaling van kleine, vooral consumptieve schulden, die ontstaan uit overeenkomsten tussen partijen die elkaar niet of nauwelijks kennen en over de voorwaarden waarvan in de regel niet wordt onderhandeld. De 'identity' van de emittent is z.i. niet de uitsluitende keus van de kaarthouder, maar 'necessarily a matter for agreement', waarbij ook de aangesloten firma is betrokken. Dat stelt, naar zijn oordeel, kaarthouders en aangesloten bedrijven in staat met elkaar in zee te gaan, zonder dat de aangesloten firma noodzakelijkerwijs over het adres van haar klant behoeft te beschikken. In zijn ogen ligt daarin het grote voordeel van het creditcardgebeuren. En naar zijn oordeel wijken, juist met het oog op dat voordeel, de voorwaarden waaronder de aangesloten firma betaling van de uitgever kan verkrijgen niet onaanzienlijk af van die waaronder de uitgever betaling van de kaarthouder kan verkrijgen en z.i. verschillen, met het oog op datzelfde voordeel, beide op hun beurt weer van 'those on which the supplier would be entitled to payment from the customer if he were subject to any residual liability not discharged by the use of the card'. Volgens de rechter zou de kaarthouder, zou hij verplicht zijn 'to pay the supplier on the failure or default of the card issuing company', zijn gehouden tot betaling 'on terms more onerous than either', nl. tot onmiddellijke betaling van 'the full face value of the voucher'. De magistraat acht geen gronden aanwezig om aan te nemen dat de kaarthouder 'any such liability' op zich zou willen nemen. In zijn opinie is het 'process of payment' niet afhankelijk van het al dan niet solvent zijn van de emittent. Wat hem betreft is de kaarthouder bevrijd jegens de aangesloten firma op het moment dat hij zijn kaart overlegt en de factuur ondertekent. Van bevrijd zijn jegens de emittent is z.i. sprake op het moment dat de kaarthouder de emittent voor de betrokken bedragen rembourseert. Z.i. kan er dan ook geen sprake zijn van een regel volgens welke een betaling per creditcard, bij gebreke van een expliciet andersluidende afspraak van partijen, wordt ver-

moed onder voorbehoud van goede afloop te geschieden. Wat hem betreft geven de hoofdtrekken van het creditcardsysteem eerder steun aan 'a presumption to the contrary'. Naar 's rechters oordeel kan de aangesloten firma de kaarthouder bij het uitblijven van betaling door de emittent dan ook niet aanspreken tot een directe betaling aan haarzelf.

Wordt de onder 3(a) bedoelde rechtsvraag aldus met zoveel woorden gesteld en beantwoord, de onder 3(b) genoemde kwestie komt in de uitspraak niet uitdrukkelijk aan de orde. De rechter beslist slechts dat alleen Commercial Credit en niet Copes q.q. 'is entitled to debts due from accountholders at the commencement of the liquidation'. Het is evenwel aannemelijk dat aan dit oordeel ten grondslag ligt hetzij de opvatting dat de emittent een (on)voorwaardelijke vordering op de kaarthouder verkrijgt op het moment dat de kaarthouder zijn kaart toont en de invoice ondertekent, hetzij de opvatting dat dit het geval is op het moment dat de kaarthouder door de uitgever voor het betreffende bedrag wordt gefactureerd. Weliswaar is niet ondenkbaar dat de rechter hier enkel spreekt van de schulden die de emittent in abstracto op de kaarthouders heeft, schulden waarvan het bestaan en de omvang in dit geding niet aan de orde zijn, maar erg waarschijnlijk is dit niet. Veeleer ligt voor de hand dat 's rechters woorden zien op de door de emittent aan de kaarthouders in rekening gebrachte bedragen. En nog aannemelijker is dat de rechter doelt op de door de kaarthouders bij de garages bestede bedragen, niet als bestedingen sec, maar als posten die een vordering van de emittent op de kaarthouder in het leven roepen. In het eerste geval, indien 's rechters woorden de door de emittent aan de kaarthouders in rekening gebrachte bedragen betreffen, ligt het in de rede dat het dictum de opvatting insluit dat de emittent door het factureren van de kaarthouder een (on)voorwaardelijke vordering op diezelfde kaarthouder verkrijgt, die vervolgens door de 'assignment' aan de 'assignee' kan overgaan. In het tweede geval, als het gaat om de door de kaarthouders bestede bedragen, geldt mutatis mutandis hetzelfde. Alsdan ligt het in de rede dat aan de beslissing ten grondslag ligt de opvatting dat met en door het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice door de kaarthouder een (on)voorwaardelijk vordering van de emittent op de kaarthouder ontstaat, die vervolgens door de 'assignment' in het vermogen van de 'assignee' geraakt. Andere

premissen zijn in elk geval minder goed te rijmen met een beslissing ten gunste van de factor⁸⁾. Zou moeten worden aangenomen dat de vordering van de uitgever op de kaarthouder eerst ontstaat op het moment dat de uitgever de aangesloten bedrijven betaalt, dan zouden de hier veronderstelde rechten überhaupt niet bestaan en dus ook niet op Commercial Credit kunnen overgaan^{9) 10)}.

5. Nederlands recht: feiten en kader

Feiten

De casuspositie kan over het algemeen ongewijzigd naar de Nederlandse rechtssfeer worden verpoet. Op een tweetal punten dient zij evenwel aan het Nederlandse recht te worden aangepast.

Het eerste punt betreft de tussen Charge Card en Commercial Credit tot stand gekomen 'assignment'. Omdat het Nederlandse recht de 'assignment' niet kent, maar alleen de daarmee vergelijkbare figuur van de cessie, moet in dit verband worden aangenomen dat Charge Card al haar tegenwoordige en toekomstige vorderingen op de kaarthouders aan Commercial Credit cedeert¹¹⁾. Weliswaar kunnen naar

8) Evenzo kan worden aangenomen dat aan de beslissing de onderstelling ten grondslag ligt dat de 'assignment' tussen Charge Card en Commercial Credit voldoende 'absolute' is. Zie Cheshire and Fifoot's, a.w., p. 498-499. Vergelijk te onzent de vraag of, en zo ja, in hoeverre een factorovereenkomst een geldige titel voor de overdracht van een vordering vormt.

9) Wat de 'assignment' van een toekomstige vordering heet te zijn is in wezen niets meer dan 'an agreement to assign, under which nothing is capable of passing until the subject-matter comes into present existence'. Aldus Cheshire and Fifoot's, a.w., p. 503.

10) Gaan de vorderingen wel op de factor over, dan behoeft deze daar niet per se wijzer van te worden. In dat geval kan de kaarthouder zich namelijk jegens Commercial Credit bedienen van 'all defences that he could have pleaded against the assignor', in casu het verweer dat Charge Card niet aan haar verplichtingen uit de kaarthoudersovereenkomst heeft voldaan, een verweer dat bij een voorwaardelijk crediteurschap samenvalt met een beroep op het niet vervuld zijn van de voorwaarde. Zie Anson's, a.w., p. 435 en Cheshire and Fifoot's, a.w., p. 504-505. Vergelijk onze verweermiddelenregel.

11) Charge Card neemt, als gezegd, vanaf 1 december 1982 geen nieuwe kaarthouders meer aan. Cessie van toekomstige vorderingen op toekomstige kaarthouders is hier dus niet aan de orde.

huidig recht alleen die toekomstige vorderingen bij voorbaat worden geleverd die reeds ten tijde van de cessie ook naar hun inhoud in voldoende mate door de akte van cessie worden bepaald, een criterium waaraan slechts die vorderingen voldoen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een dan reeds bestaande rechtsverhouding¹²⁾, maar die beperking staat m.i. in geen enkel opzicht aan de mogelijkheid van de hier bedoelde cessie in de weg. De vorderingen die de emitent in de toekomst op de kaarthouders zal verkrijgen vloeien immers alle rechtstreeks voort uit de ten tijde van de cessie reeds bestaande kaarthouderscontracten¹³⁾. En weliswaar is levering van een toekomstige vordering naar NBW slechts mogelijk als de debiteur van de vordering bekend is - ingevolge art. 3.4.2.7 lid 1 moet hem namelijk (kunnen) worden medegedeeld dat ter zake van het betreffende vorderingsrecht een akte van cessie is opgemaakt -, maar ook deze eis doet m.i. volstrekt niet af aan de geldigheid van de hier bedoelde cessie. De debiteuren waar het in casu om gaat worden immers gevormd door alle tot het plan behorende kaarthouders¹⁴⁾ zodat zij voor de in art. 3.4.2.7 bedoelde mededeling bepaald bereikbaar zijn¹⁵⁾ 16).

Het tweede punt betreft de 'creditors voluntary liquidation'. Omdat het Nederlandse recht ook deze figuur niet kent, maar slechts

12) HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 (Langeveld/Bouwman) en HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds).

13) Zie noot 11. Toekomstige vorderingen op toekomstige kaarthouders daarentegen zullen m.i. meestentijds een 'onmiddellijke grondslag' moeten missen.

14) Zie noot 11.

15) Bij toekomstige vorderingen op toekomstige kaarthouders daarentegen zal het mededeelbaarheidsvereiste m.i. meestal niet in vervulling kunnen gaan.

16) Willen partijen de hier bedoelde mededelingsplicht ontlopen, dan zullen zij hun toevlucht moeten nemen tot de in art. 3.9.2.3 voorziene 'stille' verpanding. Een dergelijke verpanding geschiedt bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling aan de debiteur. Zij is mogelijk t.a.v. bestaande vorderingen alsmede t.a.v. die toekomstige vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding. Dit alternatief kan eveneens goede diensten bewijzen in een situatie waarin een geldige overdracht niet tot de mogelijkheden behoort omdat de titel een overwegend fiduciaire strekking heeft, een situatie waarvan men zich zou kunnen afvragen of zij zich niet ook in het onderhavige geval voordoet. Zie hierna noot 31.

de met haar vergelijkbare gestalte van een faillissement op eigen verzoek, gevolgd door een insolventiële ontbinding en vereffening, moet in dit verband worden aangenomen dat Charge Card, na faillietverklaring op eigen verzoek, door insolventie wordt ontbonden en dat haar vermogen vervolgens tot vereffening wordt gebracht, waarbij Bird als curator/vereffenaar fungeert¹⁷⁾.

Rechtskader

1) Betaling per creditcard

Naar huidig Nederlands recht is het creditcardgebeuren voor alles een contractueel bepaalde aangelegenheid. De desbetreffende regels van het gemene recht komen eerst in tweede instantie aan de orde.

De verhouding kaarthouder-emittent wordt primair geregeld door de tussen deze partijen bestaande kaarthoudersovereenkomst. Bij deze overeenkomst neemt de emittent jegens de kaarthouder de verplichting op zich het door de kaarthouder bij een aangesloten bedrijf bestede bedrag voor de kaarthouder aan dat bedrijf te betalen, waartegenover de kaarthouder jegens de emittent de verplichting op zich neemt de emittent op een later tijdstip voor het betreffende bedrag te rembourseren. Hoewel de voorwaarden van deze overeenkomst van plan tot plan (kunnen) verschillen, stemmen zij op essentiële punten steeds geheel of nagenoeg geheel met elkander overeen. Zo staat in vrijwel elke kaarthoudersovereenkomst de bepaling vermeld dat de emittent niet aansprakelijk is ter zake van de door de leverancier aan de kaarthouder verstrekte prestaties en dat een geschil tussen deze beide partijen niet jegens de emittent kan worden ingeroepen¹⁸⁾.

17) Zie over ontbinding, vereffening en vereffenaars de artt. 2:166 en 2:23 alsmede Asser-Van der Grinten II, 6e druk, 1986, nrs. 151-170 en Van der Heijden-Van der Grinten, 10e druk, 1984, nrs. 381-401.

18) De emittent acht zijn betalingsverplichting blijkbaar volstrekt onafhankelijk van de tussen kaarthouder en leverancier bestaande rechtsrelatie. Zie hierover: H.C.F. Schoordijk, Creditcards van het drie-partijen-type, WPNR 5311, p. 412-414, WPNR 5312, p. 425-426, R.E. de Rooy, Een nieuw Nederlands betaalmiddel: de creditcard, NJB 1979, p. 830, R.E. de Rooy, Gegarandeerde betaalmiddelen, Betalingsverkeer, Zwolle, 1987, p. 28-29. Vergelijk bijv. artt. 7 en 10 Algemene Voorwaarden Eurocard Nederland BV (kaarthouders).

Onduidelijk is of, en zo ja, wanneer de emittent op grond van de hierbedoelde overeenkomst, die voor alles als een overeenkomst van opdracht moet worden gekwalificeerd, een (eigen) vordering op de kaarthouder verkrijgt¹⁹⁾.

De verhouding emittent-leverancier wordt in de eerste plaats beheerst door de tussen deze partijen gesloten aansluitingsovereenkomst. Bij deze overeenkomst neemt de leverancier jegens de emittent de verplichting op zich een kaarthouder goederen en/of diensten te leveren op de enkele voorwaarde dat de kaarthouder bij de transactie een geldige creditcard overlegt en de desbetreffende factuur in meervoud ondertekent, waartegenover de emittent zich jegens de leverancier verplicht het door de kaarthouder bestede bedrag voor deze aan diezelfde leverancier te voldoen. Ofschoon de voorwaarden van deze overeenkomst eveneens van plan tot plan (kunnen) verschillen, bevatten ook zij op hoofdpunten steeds min of meer dezelfde bepalingen. Zo bepaalt nagenoeg elke aansluitingsovereenkomst dat klachten betreffende geleverde goederen en/of diensten rechtstreeks tussen de leverancier en de kaarthouder moeten worden afgehan-

19) Alleen Schoordijk - WPNR 5312, p. 426 - weet op deze vordering te wijzen. Hij geeft echter niet uitdrukkelijk aan wanneer zij wat hem betreft ontstaat. Ik voor mij zou menen dat de emittent op grond van de hier bedoelde overeenkomst in elk geval een voorwaardelijke vordering op de kaarthouder verkrijgt op het moment dat deze de leverancier een vordering op de emittent bezorgt, hetgeen m.i. definitief het geval is op het moment waarop de kaarthouder zijn kaart toont en de invoice ondertekent. Deze vordering wordt m.i. perfect op het moment dat de emittent de leverancier van het door de kaarthouder bestede bedrag voorziet. Vergelijk art. 1845 alsmede Hof Amsterdam 26 januari 1972, te kennen uit HR 26 januari 1973, NJ 1973, 219. Een en ander wordt wat mij betreft niet anders wanneer men de opvatting huldigt dat de leverancier op het moment waarop de kaarthouder de rekening ondertekent slechts een voorwaardelijke vordering op de emittent verkrijgt, die eerst definitief wordt op het moment waarop de leverancier een copie van de factuur aan de emittent zendt. Het standpunt dat de emittent op grond van de hier bedoelde overeenkomst geen eigen vordering op de kaarthouder verkrijgt of eerst op het moment dat hij de leverancier van het door de kaarthouder bestede bedrag voorziet, is m.i. minder juist en praktisch zeer onwenselijk. Minder juist omdat het voorbij ziet aan het feit dat de kaarthouder zich met het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice jegens de emittent verplicht tot terugbetaling van het hem door gebruikmaking van zijn kaart door de emittent verstrekte credit. Praktisch onwenselijk omdat het de emittent bij een tussentijds faillissement van de kaarthouder per definitie buiten boord doet vallen.

deld²⁰⁾. Verder bevat zij vrijwel steeds de bepaling dat de emittent door betaling aan de leverancier wordt gesubrogeerd in de vordering die de leverancier op de kaarthouder bezit²¹⁾. Aangenomen wordt dat de leverancier een voorwaardelijke vordering op de emittent verkrijgt op het moment waarop de kaarthouder de rekening ondertekent. Deze vordering wordt definitief op het moment waarop de leverancier conform de daarvoor geldende regels een copie van de factuur aan de emittent zendt²²⁾. Met betrekking tot de vraag of, en zo ja, wanneer de emittent in de vordering van de leverancier op de kaarthouder wordt gesubrogeerd lopen de meningen uiteen. De een stelt zich met een beroep op art. 1437 sub 1 op het standpunt dat de emittent op grond van de overeenkomst in de vordering van de leverancier wordt gesubrogeerd²³⁾. De ander meent dat de emittent op grond van art. 1438 sub 3 van rechtswege tot schuldeiser van de hier bedoelde vordering wordt en acht een bepaling in de overeenkomst overbodig^{24) 25)}.

De verhouding kaarthouder-leverancier wordt primair bepaald door een tweetal overeenkomsten, allereerst door de achterliggende of hoofdovereenkomst, de overeenkomst waaruit de betalingsverplichting voortvloeit, en vervolgens door de overeenkomst op grond waarvan tot betaling per creditcard wordt overgegaan, de betalingsovereenkomst. De betalingsovereenkomst is een hulpovereenkomst, afhankelijk van en voortbouwend op de achterliggende rechtsverhouding. Zij bevat een bijzondere regeling van de uit die rechtsverhouding voort-

-
- 20) Aldus krijgt ook de leverancier de verzekering dat de betalingsverplichting van de emittent een onafhankelijk karakter draagt. Zie hieromtrent de in noot 18 vermelde schrijvers. Vergelijk bijv. art. 4.3 Algemene Aansluitingsvoorwaarden Eurocard Nederland B.V.
- 21) Vergelijk bijv. art. 3.5 Algemene Aansluitingsvoorwaarden Eurocard Nederland B.V.
- 22) R.E. de Rooy, *Gegarandeerde betaalmiddelen*, *Betalingsverkeer*, Zwolle, 1987, p. 28.
- 23) Aldus R.E. de Rooy, *Gegarandeerde betaalmiddelen*, *Betalingsverkeer*, Zwolle, 1987, p. 28 en p. 30.
- 24) Aldus H.C.F. Schoordijk, WPNR 5312, p. 426.
- 25) Valt voor het tweede standpunt wat mij betreft wel wat te zeggen, het eerste daarentegen acht ik zeker voor betwisting vatbaar. Een aan de betaling voorafgaande contractsbepaling kan immers nooit voldoen aan het door art. 1437 sub 1 gestelde gelijktijdigheidsvereiste. Alleen een bepaling op de salesslip kan hier uitkomst brengen.

vloeiende betalingsverplichting: partijen komen in deze overeenkomst nader overeen dat de debiteur geen contante betaling zal behoeven te verrichten, doch zal mogen volstaan met het tonen van zijn kaart en het tekenen van de invoice. Aangenomen wordt dat de debiteur op grond van deze overeenkomst niet reeds is bevrijd op het moment dat de leverancier hem zonder contante betaling laat vertrekken, maar eerst op het ogenblik dat de leverancier betaling van de emittent ontvangt. Het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice geschiedt onder voorbehoud van goede afloop. De oorspronkelijke schuld blijft bestaan. Naast haar, niet in haar plaats treedt een nieuwe verbintenis voor het voetlicht. Betalings- en aansluitingsovereenkomst verplichten de schuldeiser de factuur eerst aan de uitgever aan te bieden. Zolang dit niet is gebeurd kan de schuldeiser zijn debiteur niet rechtstreeks om betaling vragen. De uit de onderliggende rechtsverhouding voortvloeiende betalingsverplichting is als het ware bevroren, in afwachting van de afhandeling van de factuur. Lukt het de leverancier om betaling van de uitgever te verkrijgen, dan is daarmee tevens de oorspronkelijke schuld gekweten. Blijft betaling door de uitgever achterwege, dan heeft de leverancier het volste recht zijn debiteur weer op grond van de onderliggende rechtsverhouding aan te spreken. Deze zal niet bevrijd zijn en voor betaling moeten zorgdragen, zelfs als het uitblijven van betaling door de emittent aan de leverancier kan worden toegerekend²⁶⁾.

Naar NBW geldt in beginsel hetzelfde. Alleen op het vlak van de subrogatie komen de zaken enigszins anders te liggen. Wordt, als gezegd, naar huidig recht wel geponeerd dat de emittent op grond van art. 1437 sub 1 krachtens een daartoe strekkende bepaling in de aansluitingsovereenkomst door betaling van de leverancier wordt gesubrogeerd in de vordering die de leverancier op de kaarthouder heeft, naar NBW is dit standpunt zeker niet houdbaar. Ingevolge art. 6.2.2.7 sub d is contractuele subrogatie alleen mogelijk krachtens een overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar, mits de schuldeiser op het tijdstip van de voldoening deze overeenkomst kende of hem daarvan kennis was gegeven. Met andere

26) Aldus H.C.F. Schoordijk, WPNR 5311, p. 410-411, R.E. de Rooy, NJB 1979, p. 829, R.E. de Rooy, Gegarandeerde betaalmiddelen, Betalingsverkeer, Zwolle, 1987, p. 31.

woorden: het gaat om een afspraak tussen emittent en kaarthouder alsmede om wetenschap van de leverancier, niet om een afspraak tussen emittent en leverancier of om wetenschap van de houder²⁷⁾. Ook met betrekking tot de subrogatie uit de wet liggen de kaarten ietwat anders geschud. Wordt, als vermeld, naar huidig recht wel naar voren gebracht dat de emittent op grond van art. 1438, sub 3 van rechtswege in de vordering van de leverancier op de kaarthouder wordt gesubrogeerd, naar NBW zal men voor een dergelijke subrogatie hoogstens op art. 6.1.2.7 lid 1 kunnen terugvallen. Het is wat mij betreft echter maar de vraag of dit artikel een dergelijk beroep zal kunnen schragen. Inzake de verhouding kaarthouder-leverancier kan naar NBW tenslotte nog bij de bepaling van art. 6.1.6.15a worden aangehaakt. Hoewel het hier niet om een wijze van betaling door de houder van de kaart gaat - deze krijgt juist krediet, doordat de emittent de factuur voor hem voldoet en hem het betreffende bedrag eerst later in rekening brengt - kan de hoofdgedachte van art. 6.1.6.15a, namelijk het voorbehoud van goede afloop, hier analogisch worden toegepast²⁸⁾.

2) Overdracht toekomstige vorderingen

Naar Nederlands recht kan, als gezegd, een bepaalde categorie toekomstige vorderingen - vorderingen waarover de vervreemder (nog) niet beschikkingsbevoegd is - bij voorbaat worden geleverd. Vooruitlopend op de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder kan de zakelijke/goederenrechtelijke overeenkomst al direct worden aangegaan

27) Emittenten zullen er dus verstandig aan doen een subrogatieclausule op te nemen in de kaarthoudersovereenkomst. De leverancier zou in dat geval steeds door een bepaling op de rekening van die clausule op de hoogte kunnen worden gebracht. Buiten de sfeer van de subrogatie zal de emittent de leverancier waarschijnlijk alleen door een bepaling in de aansluitingsovereenkomst tot cessie van de aan hem opgekomen vorderingen kunnen verplichten. Een cessie bij voorbaat al dan niet onder de opschortende voorwaarde van betaling door de emittent lijkt mij hierop af te stuiten dat levering van een toekomstige vordering naar NBW slechts tot de mogelijkheden behoort als de debiteur van de vordering bekend is.

28) MvA Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (vijfde gedeelte), Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 17 541, nr. 8, p. 30. Anders: R.R.M. de Moor, WPNR 5789, p. 418, die art. 6.1.6.15a in dit verband rechtstreeks van toepassing acht.

en kunnen de leveringsformaliteiten al direct worden verricht. De zakelijke/goederenrechtelijke overeenkomst is dan te beschouwen als een overeenkomst onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder de vordering zelf verkrijgt, of, anders gezegd, als een overeenkomst onder opschortende voorwaarde dat de vervreemder beschikkingsbevoegd wordt²⁹⁾.

Een dergelijke levering bij voorbaat heeft niet tot gevolg dat op dat moment een overdracht plaatsvindt. De vordering gaat pas op de cessionaris over op het moment dat de cedent de vordering verkrijgt, of, anders gezegd, op het moment dat de cedent beschikkingsbevoegd wordt. Eerst dan is - gegeven een geldige titel - aan alle eisen van art. 639/3.4.2.2 voldaan, eerst dan gaat de opschortende voorwaarde in vervulling en eerst dan krijgt de cessie haar werking. Tussen het moment waarop de cedent beschikkingsbevoegd wordt en het ogenblik waarop de overdracht rond komt ligt in wezen een ondeelbare tijds-eenheid, waarin de vordering zich in het vermogen van de cedent bevindt. Verkrijging door de cessionaris heeft immers pas plaats als eerst de cedent zelf de vordering verkrijgt. Dit impliceert dat de vordering bij een tussentijds faillissement van de cedent in de boedel valt: aan de voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid wordt dan niet voldaan, zodat de zakelijke/goederenrechtelijke overeenkomst niet in werking treedt³⁰⁾.

6. Oplossing Nederlandse rechter

Op basis van het voorgaande is, denk ik, met een aan zekerheid grenzende graad van waarschijnlijkheid te voorspellen hoe de Nederlandse rechter de onder 3(a) vermelde vraag zou beantwoorden. Daarnaast valt met de nodige slagen om de arm te profeteren hoe te onzent op de onder 3(b) vermelde vraag zou worden gereageerd³¹⁾.

29) Aldus Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, 2e druk, Deventer, 1984, nr. 139.

30) HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds). In deze zin ook art. 35 lid 2 NFW. Zie Hijma-Olthof, a.w., nr. 140.

31) De vraag of een factorovereenkomst een geldige titel voor de overdracht van een vordering vormt blijft in dit verband buiten beschouwing, een en ander om de bereikte symmetrie met het Britse origineel niet weer volledig te verliezen. Men zie hieromtrent (vervolg noot)

Toegesneden op een Nederlandse context levert dat het volgende beeld op:

(a) Geschiedt het tonen van een creditcard en het tekenen van de invoice 'onder voorbehoud van goede afloop' of heeft de kaarthouder op dat moment bevrijdend betaald?

(b) Constitueert het bedrag dat een kaarthouder bij een 'aangesloten' leverancier heeft besteed, maar waarvoor de uitgever de leverancier nog niet heeft gerembourseerd een rechtens relevante vordering van de uitgever op de kaarthouder, een vordering die krachtens een cessie bij voorbaat op een derde kan overgaan?

ad (a)

Anders dan zijn Engelse collega zal de Nederlandse rechter op dit punt vrijwel zeker tot de slotsom komen dat een betaling per creditcard, bij gebreke van een expliciet andersluidende partijafpraak, geschiedt onder voorbehoud van goede afloop.

ad (b)

Ter zake van deze vraag zal de Nederlandse rechter waarschijnlijk een bevestigend antwoord formuleren. Naar alle waarschijnlijkheid zal hij in dit verband tot het oordeel geraken dat de emittent op grond van de kaarthouderovereenkomst weliswaar eerst een perfecte vordering op de kaarthouder verkrijgt op het moment dat hij het door de kaarthouder bestede bedrag aan de leverancier betaalt, maar dat hij in elk geval een voorwaardelijke vordering verwerft op het moment dat de kaarthouder zijn kaart toont en de invoice ondertekent. En naar alle waarschijnlijkheid zal hij aan die opvatting de consequentie verbinden, dat een qua levering reeds bij voorbaat verrichte over-

(vervolg noot)

P.C. Knol in zijn noot bij HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213 in KwNBW 1985, p. 95 en P.M. Smit en B.E. Reinhartz, Factoring (...), BW-krant Jaarboek 1986, Leiden 1986, p. 148 e.v. Met Knol zij erop gewezen dat deze vraag naar NBW, gezien het daar geldende fiducia-verbod, nog sterker naar voren komt.

dracht aan een derde ook op dat moment haar beslag krijgt, in dier voege dat de derde op dat moment een voorwaardelijke vordering verwerft³²⁾.

7. Kritiek en adhesie

Aan vraag (b) behoeft men in dit verband niet veel woorden vuil te maken. Gaat men er vanuit dat de kaarthouder de leverancier met het tonen van zijn kaart en het tekenen van de invoice c.q. het inzenden van de salesslip een onvoorwaardelijke vordering op de emittent ver-schaft, een m.i. juist standpunt dat waarschijnlijk inherent is aan het oordeel van de Engelse rechter dat de kaarthouder op dat moment bevrijdend betaalt en dat vermoedelijk door de Nederlandse rechter zal worden gedeeld, dan ligt het m.i. in de rede aan te nemen dat de emittent op dat moment, op grond van de kaarthoudersovereenkomst, een voorwaardelijke vordering op de kaarthouder verkrijgt, een standpunt dat de Nederlandse rechter vermoedelijk zal delen en dat mogelijkerwijs aan de beslissing van zijn Engelse collega ten grondslag ligt. Immers, met het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice verplicht de kaarthouder zich jegens de emittent tot terugbe-taling van het hem door gebruikmaking van zijn kaart door de emit-tent verstrekte crediet.

De opvatting dat de emittent eerst een vordering op de kaart-houder verkrijgt op het moment dat hij de leverancier van het door de kaarthouder bestede bedrag voorziet is m.i. juridisch minder juist en praktisch minder wenselijk. Juridisch minder juist omdat zij er aan voorbij ziet dat het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice meer is dan een bloot feitelijke handeling. Praktisch minder wenselijk omdat zij de emittent bij een tussentijds faillissement van de kaart-houder per definitie een houtje in de mond geeft. Het standpunt dat de kaarthouder jegens de leverancier met het tonen van zijn kaart en het tekenen van de invoice slechts voorwaardelijk is gekweten en dat

32) Voor de derde, i.c. Commercial Credit, betekent dit standpunt voor alles dat zij bij een tussentijds faillissement van de kaarthouder niet per definitie buiten boord valt. I.c. komt zij er echter be-kaaid af: op grond van de verweermiddelenregel kan de kaarthouder zich jegens Commercial Credit op het niet vervuld zijn van de voorwaarde beroepen.

die kwijting eerst definitief wordt op het moment dat de emittent het door de kaarthouder bestede bedrag aan de leverancier betaalt, de visie die de Nederlandse rechter waarschijnlijk zal propageren, vermag hieraan niet af te doen.

De opvatting dat de emittent met het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice een onvoorwaardelijke vordering op de kaarthouder verkrijgt, een standpunt dat eveneens aan de beslissing van de Engelse rechter ten grondslag zou kunnen liggen, is m.i. eveneens juridisch en praktisch bezwaarlijk. Juridisch bezwaarlijk omdat zij er aan voorbij ziet dat het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice niet op voorhand impliceert dat het betreffende bedrag ook door de emittent wordt uitbetaald. Praktisch bezwaarlijk omdat zij de emittent een onvoorwaardelijke vordering op de kaarthouder verschafft, zonder dat hij daar zelf een prestatie tegenover hoeft te stellen. Het standpunt dat de kaarthouder zijn leverancier met het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice bevrijdend betaalt, de opvatting die ten deze door Justice Millett wordt verdedigd, vermag hieraan niet af te doen.

Meer commentaar behoeft vraag (a): constitueert het tonen van een creditcard en het tekenen van een invoice een bevrijdende betaling of geschiedt een en ander slechts onder voorbehoud van goede afloop?

De Engelse rechter kiest, zoals uit de uitspraak blijkt, duidelijk voor de eerste optie. Hij kan dat doen omdat zijn beslissing op geen enkele wijze afbreuk doet aan hetgeen op dit vlak naar Engels recht wordt aangenomen. Het Engelse recht kent geen 'principle of law' volgens hetwelk elke wijze van betaling die een risico van non-betaling insluit wordt vermoed slechts een voorwaardelijke betaling te zijn, in dier voege dat dat risico op de debiteur rust. De Engelse jurisprudentie kenmerkt zich in dit verband vooral door een strikt pragmatische benadering, waarbij zij elke betalingsmethodiek op haar eigen merites waardeert. Zo wordt het nemen van een cheque, of van een wissel, bij gebreke van een andersluidende afspraak van partijen, in beginsel zonder meer beschouwd als een voorwaardelijk gebeuren³³⁾

33) Zie voor de cheque: *In re Romer and Haslam* (1893) 2 QB 286; *Bolt & Nut Co. (Tipton) Ltd. v. Rowlands, Nicholls & Co. Ltd.* (1964) 2 QB 10.

34). Die opvatting wordt geadstrueerd met het argument dat de betrokken bank c.q. de acceptant primair door de trekker wordt gekozen en dat deze voor zijn keus heeft in te staan. Voor betaling met behulp van andere 'negotiable instruments' komt men op grond van soortgelijke argumenten tot eenzelfde slotsom³⁵⁾. Datzelfde geldt voor een betaling met behulp van een 'irrevocable letter of credit', een onherroepelijk accreditief³⁶⁾. Ter zake van de creditcard zijn evenwel geen 'reported decisions' bekend, terwijl de schrijvers op dit punt van mening verschillen.

De Nederlandse rechter daarentegen zou, zoals uit het voorgaande reeds mocht blijken, vermoedelijk voor de tweede optie kiezen. Een andere beslissing zou in elk geval een breuk betekenen met hetgeen op dit vlak naar Nederlands recht wordt aangenomen, terwijl een keuze voor de tweede optie juist perfect past in het in paragraaf 5 omschreven heersend kader.

Ter adstructie van zijn beslissing isoleert Justice Millett het creditcardgebeuren niet alleen van een betaling per wissel of cheque maar ook en vooral van een betaling door accreditiefstelling. Daartoe beroept hij zich in de eerste plaats op het feit dat creditcards hoofdzakelijk worden gebruikt om te voorzien in de betaling van kleine, vooral consumptieve schulden, die ontstaan uit overeenkomsten tussen partijen die elkaar niet of nauwelijks kennen en over de voorwaarden waarvan in de regel niet wordt onderhandeld. Verder wijst hij op de omstandigheid dat de emittent niet de uitsluitende keus van de kaarthouder is, maar 'necessarily a matter for agreement', waarbij ook de leverancier een vinger in de pap heeft. En tenslotte voert hij in dit verband aan dat de voorwaarden waaronder de aangesloten firma betaling van de uitgever kan verkrijgen niet onaanzienlijk afwijken van die waaronder de uitgever betaling van de kaarthouder kan verwerven en dat beide op hun beurt weer verschillen van 'those on

34) Zie voor de wissel: *Allen v. Royal Bank of Canada* (1926) AC 17.

35) *Anson's*, a.w., p. 459, M. Chalmers, *Bills of Exchange*, 13th edition, London, 1974, p. 338. Zie ook: M. Megrah and F.R. Ryder, *Byles on Bills of Exchange*, 24th edition, London, 1979, p. 113 e.v.

36) *Zie W.J. Alan & Co. Ltd. v. El Nasr Export and Import Co.* (1972) 2 QB 189; *E.D. & F. Man Ltd. v. Nigerian Sweets & Confectionary Co. Ltd.* (1977) 2 Lloyd's Rep. 50.

which the supplier would be entitled to payment from the customer if he were subject to any residual liability not discharged by the use of the card'.

De Nederlandse rechter op zijn beurt zou ter adstructie van zijn keuze vermoedelijk bij de schrijvers te rade gaan. Dezen nu zoeken zoveel mogelijk aansluiting bij de al genoemde mechanismen van wissel, cheque en accreditief alsmede bij de betaling door overgifte van een gegarandeerd papier³⁷⁾. Ter zake van de meeste van de figuren wordt vrij algemeen aangenomen dat de betaling eerst is voltooid op het moment dat de crediteur over de hem toekomende gelden daadwerkelijk kan beschikken en dat zulks in beginsel het geval is op het moment waarop hij door een betalingsinstelling voor het betreffende bedrag wordt gecrediteerd of op het moment waarop hem dit bedrag in chartale vorm wordt uitbetaald. De betalingshandeling geschiedt in deze opvatting onder voorbehoud van goede afloop. De oorspronkelijke schuld blijft bestaan. Naast haar, niet in haar plaats, treedt een nieuwe verbintenis voor het voetlicht. Krachtens de getroffen betalingsregeling is de crediteur verplicht zich eerst tot de betalingsinstelling te wenden. Lukt het hem om door deze voor het betreffende bedrag te worden gecrediteerd of slaagt hij erin zich het betreffende bedrag in chartale vorm te laten uitbetalen, dan is daarmee tevens de oorspronkelijke schuld gekweten. Blijft een en ander achterwege, dan heeft de crediteur het recht zijn debiteur weer op grond van de onderliggende rechtsverhouding aan te spreken³⁸⁾. In verband met de omstandigheid dat een betaling per creditcard in hun ogen sterk op de hier genoemde betalingswijzen lijkt, stellen de schrijvers zich op het in paragraaf 5 verwoorde standpunt, dat in wezen neerkomt op een transplantatie van het hier vermelde naar het creditcardgebeuren³⁹⁾. En met hen dus waarschijnlijk ook de Nederlandse rechter.

Wat mij betreft nu komt het creditcardgebeuren voor alles een novatief karakter toe. De kaarthouder wordt m.i. van zijn schuld

37) Zie H.C.F. Schoordijk, WPNR 5311, p. 410-411, R.E. de Rooy, NJB 1979, p. 829.

38) Zie voor betaling door overgifte van een papier: Asser-Rutten I, 6e druk, p. 334 alsmede Scheltema-Meijer, 5e druk, p. 41-47. Zie voor het onherroepelijk accreditief: F.P. de Rooy, Documentaire kredieten, diss. Amsterdam 1972, p. 70 e.v.

39) Zie noot 37.

gekweet doordat de vordering die de leverancier op hem heeft, met medewerking van diezelfde leverancier door een vordering op de emittent wordt vervangen. Partijen beogen met het tonen van de kaart en het tekenen van de invoice kwijting te geven resp. te ontvangen. De voor kwijting vereiste animus novandi blijkt m.i. niet alleen on-dubbelzinnig uit het feit dat de leverancier met de emittent een overeenkomst sluit waarbij hij als het ware bij voorbaat instemt met betaling door debiteurswisseling - een gebeuren waaraan hij zelf ook later actief meewerkt -, maar ook uit het 'pay and leave'-karakter van de meeste creditcardtransacties.

Tegen deze achtergrond spreekt de beslissing van de Engelse rechter mij uiteraard het meeste aan. Weliswaar zijn zijn argumenten niet alle even duidelijk, maar, in onderling verband en samenhang beschouwd, hebben zij onmiskenbaar de teneur het creditcardgebeuren een novatief karakter toe te dichten. Het standpunt van de Nederlandse rechter - of liever: dat van de Nederlandse schrijvers - daarentegen is m.i. minder juist. In de eerste plaats behoeft een gelijkstelling van het creditcardgebeuren met andere betalingsmechanismen m.i. niet noodzakelijkerwijs tot het hier gepostuleerde resultaat te voeren. Weliswaar wordt het voorbehoudsvermoeden ter zake van de meeste hier genoemde betalingsmechanismen vrij algemeen aanvaard, maar met betrekking tot de betaalcheque/girobetaalkaart en het accreditief worden ook andere geluiden gehoord. Met betrekking tot de betaalcheque/girobetaalkaart wordt veelal geoordeeld dat de betaling reeds op het moment van afgifte als voltooid mag worden aangemerkt⁴⁰⁾. Deze opvatting wordt geschraagd met het argument dat het verschuldigde bedrag, gezien de onherroepelijkheid van het papier en de aan het stuk verbonden garantie - op grond waarvan de betalingsinstelling zich uit eigen hoofde onvoorwaardelijk en op afroep jegens de begunstigde verbindt -, met de afgifte in de macht van de schuldeiser geraakt. Voor het accreditief komen verschillende schrijvers op aanverwante gronden tot het oordeel dat de koper door de accreditiefstelling is bevrijd⁴¹⁾. Ofschoon deze stroming het tij tegen

40) Aldus bijv. W.A.K. Rank, De betekenis van art. 6.1.6.15a NBW voor 'betaling' met behulp van girobetaalkaart of betaalcheque, NJB 1984, p. 382 e.v.

41) Zie de opsomming bij Molengraaff, Leidraad II, p. 484.

heeft, kan ter zake van het creditcardgebeuren m.i. beter met haar dan met de tijdstroom worden meegeroed⁴²⁾. In de tweede plaats kan het creditcardgebeuren m.i. niet zonder meer met andere betalingsmechanismen worden gelijkgesteld. Het onderscheidt zich reeds op voorhand van betaling door overgifte van een niet gegarandeerd papier. Fungeert de betrokkene bij het honoreren van een dergelijk stuk slechts als lasthebber van de schuldenaar, in het geval van de creditcard voldoet de emittent door creditering of verzilvering een eigen schuld jegens de leverancier. Vertoont het creditcardgebeuren aldus alleen een werkelijke gelijkenis met de bankcheque, de betaalcheque/girobetaalkaart, de geaccepteerde wissel en het accreditief - hetgeen gezien de heersende opvattingen inderdaad voor het aannemen van een voorbehoudsvermoeden pleit -, bij nader inzien is ook die overeenkomst zwakker dan een eerste aanblik doet vermoeden. Terwijl de keuze van de betrokkene c.q. de kredietopenende bank bij de hier vermelde betaalmiddelen doorgaans het prerogatief van de debiteur vormt, is de keuze van de emittent bij het cardgebeuren niet uitsluitend een zaak van de houder, maar, zoals Justice Millett het uitdrukt 'necessarily a matter for agreement', waarbij ook de aangesloten firma zelfstandig is betrokken. Worden bankcheque, documentair krediet en geaccepteerde wissel hoofdzakelijk gebruikt om te voorzien in de afwikkeling van internationale handelscontracten, overeenkomsten die grote bedragen betreffen en over de voorwaarden waarvan vaak wekenlang wordt onderhandeld, creditcards dienen, evenals betaalcheques/-kaarten, - in de woorden van Justice Millett - 'mainly to facilitate payment of small consumer debts arising out of transactions between parties who might not be well known to each other the terms of which are not usually subject tot negotiation'. Kunnen betaalcheques/-kaarten evenwel ten gunste van iedere willekeurige crediteur worden uitgeschreven, creditcards kunnen alleen worden gebruikt bij een beperkte groep van aangesloten bedrijven. Voor mij reden genoeg om de creditcard apart te stellen en aan te

42) Zie voor de tijdstroom ter zake van het chequegebeuren de MvA op de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (vijfde gedeelte), Tweede Kamer 1984-1985, 17541, nr. 8, p. 28-29 en R.R.M. de Moor, WPNR 5789, p. 417, en voor de tijdstroom aangaande het documentair krediet F.P. de Rooy, Documentaire kredieten, diss. Amsterdam 1972, p. 70 e.v.

nemen dat de houder bij wanprestatie van de emittent niet alsnog door de leverancier tot betaling kan worden aangesproken⁴³⁾.

8. Slot

Valt er wat mij betreft nog te twisten over de vraag of een stap in de richting van wat Schweisheimer 'the cashless and checkless society' noemt⁴⁴⁾ ook steeds een stap vooruit betekent, dat Justice Millett zo'n stap zet staat m.i. buiten twijfel.

43) Men onderscheide tussen de situatie dat de leverancier bot vangt doordat de emittent in gebreke blijft en de situatie dat honorering uitblijft doordat de salesslip voor aanbidding aan de emittent op enigerlei wijze in het ongereede raakt. In de eerste optie is de leverancier wat mij betreft per definitie de dupe, in de tweede behoeft dat m.i. niet steeds het geval te zijn.

44) W. Schweisheimer, How many creditcards to carry?, Bankers' Magazine, september 1970, p. 114.

KANTTEKENINGEN BIJ EEN OPMERKELIJKE UITSPRAAK

mevr. mr L. de Vries-Kalff

1.

Ingevolge een provinciale verordening van Noord-Holland is - kort gezegd - ontheffing van Gedeputeerde Staten nodig voor "invoer" van afvalstoffen teneinde deze te verwerken in die provincie¹⁾. Het laatste jaar heeft GS een aantal malen ontheffing geweigerd. Tegen de daartoe strekkende beschikking is door de betrokken ondernemingen een bezwaarschrift krachtens de wet AROB ingediend. Voor zover bekend hebben twee bedrijven tevens een voorlopige voorziening bij de Voorzitter van de afdeling Rechtspraak Raad van State gevraagd. In één geval is deze verleend²⁾, in een ander geval is het verzoek afgewezen³⁾. Deze laatste uitspraak is de aanleiding geweest tot het schrijven van dit artikel.

De voorzitter overwoog - voor zover hier van belang - het volgende:

"Voor het treffen van een voorlopige voorziening achten Wij geen termen aanwezig.

Wij overwegen hierbij dat, naar uit Onzerzijds ingewonnen informatie is gebleken, verweerders nog niet hebben besloten de afvoer met toepassing van politiedwang te verhinderen; het nemen van een besluit daaromtrent hebben zij opgeschort tot na de beslissing op het door de verzoeksters bij hen ingediende bezwaarschrift.

Van een onevenredig nadeel als bedoeld in art. 80, voornoemd, is er in verband met het vorenstaande naar Ons oordeel thans derhalve geen sprake.

-
- 1) De vraag of deze verordening zich al dan niet verdraagt met de Afvalstoffenwet laat ik hier, als buiten het bestek van dit artikel vallend, liggen.
 - 2) Vz ARRS 4 aug. 1986, KG 1986, 457.
 - 3) Vz ARRS 13 febr. 1987, nr. RO 3.86.7954.

Het verzoek om toepassing van dit artikel komt derhalve niet voor inwilliging in aanmerking⁴⁾.

2.

De zojuist aangehaalde uitspraak is, voor zover kon worden nagegaan, nieuw⁵⁾. Zij roept een aantal vragen op, die hierna kort zullen worden besproken.

a. Brengt deze uitspraak mee dat - in nader te onderzoeken gevallen, zie onder b. - het indienen van een verzoek ex art. 107 Wet RvS achterwege kan blijven?

b. Zo ja, voor welke gevallen geldt zulks dan?

c. Is de uitspraak rechtens aanvaardbaar?

3.

Het antwoord op vraag a. is niet eenvoudig te geven. Dat is m.n. toe te schrijven aan de omstandigheid dat het oordeel van de Voorzitter - hoe praktisch intussen ook - enigszins verrassend is. Kennisneming van de vele gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak brengt mee dat de redenering als hierboven uiteengezet, die in vele andere gevallen evenzeer mogelijk en begrijpelijk geweest zou zijn, niet eerder heeft geleid tot een afwijzing van het ingediende verzoek. De uitspraak is bovendien des te meer verbazingwekkend indien zij vergeleken wordt met de uitspraak van de voorzitter van de afdeling Rechtspraak Raad van State d.d. 4 augustus 1986 naar aanleiding van een identiek geschil⁶⁾; m.b.t. dit geschil, waarbij bovendien de verweerder dezelfde was, is door een andere Voorzitter van de Afdeling inhoudelijk ingegaan op het ingediende verzoek. Mogelijk is zulks toe te schrijven aan de omstandigheid dat het "ambtshalve onderzoek" toen uitwees dat Gedeputeerde Staten wel van plan waren politiedwang toe te passen.

4) Art. 80 Wet RvS is thans art. 107 Wet RvS.

5) Inmiddels hoorde ik dat uitspraken als deze wel meer voorkomen, doch voorzover ik weet is er nog nooit één gepubliceerd.

6) Zie noot 2.

Van algemene bekendheid is dat het in het dagelijks leven veelvuldig voorkomt dat (rechts)personen handelen zonder de vereiste vergunningen of ontheffingen. Niet zelden is de bevoegde overheid daarvan op de hoogte. Vaak is het mogelijk om, in goed overleg met haar, oplossingen te zoeken en te vinden om aan deze op zich zelf ongewenste toestand binnen aanvaardbare termijn een einde te maken. De praktijk is dan dat de overheid tijdelijk "een oogje toeknijpt". In gevallen waarin zodanig overleg plaatsvindt of heeft plaatsgevonden ligt in de aard der dingen dat, wanneer overeenstemming over de wijze van oplossing van het probleem wordt bereikt, geen politiedwang tussentijds zal worden toegepast.

Zodanig overleg vindt evenwel niet steeds plaats. Bijvoorbeeld niet in het onderhavige geval, waarin reeds eerder wèl een ontheffing voor beperkte tijd was verleend, en waarin geen enkele aanleiding bestond te veronderstellen dat deze na het verstrijken daarvan niet opnieuw zou worden verleend. Uitsluitend overwegingen van wetsgetrouwheid leiden dan tot het vragen van een voorlopige voorziening, daarin bestaande dat, ook formeel beschouwd, aan de wettelijke voorschriften wordt voldaan. Moet nu worden aangenomen dat tenminste in zodanige gevallen indiening van een verzoek om een voorlopige voorziening achterwege kan blijven? En is daarbij nog van belang of eerst aan de overheid wordt gevraagd - een vraag die om voor de hand liggende redenen niet snel zal worden gesteld! - of het in haar voornemen ligt om politiedwang toe te passen, wanneer het verzoek om een voorlopige voorziening niet wordt gevraagd? Het kan niet zo zijn.

De uitspraak van de Voorzitter zal - wat er van het bereiken ervan ook zij, zie hierna - zo moeten worden begrepen dat in zijn ogen het verzoek volstrekt overbodig was. In redelijkheid zal moeten worden aangenomen dat indiening van overbodige verzoeken achterwege kan en zelfs behoort te blijven. Zeker in verband met de overbelasting van de Afdeling Rechtspraak (die mogelijk mede dit soort uitspraken in de hand werkt). Kort en goed: er is aanleiding te veronderstellen dat het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt.

4.

Bij bevestigende beantwoording van de eerste vraag rijst direct een

tweede, die van veel groter gewicht is. *In welke gevallen* kan indiening van een verzoek ex art. 107 achterwege blijven?

De meest voor de hand liggende benadering is dat indiening *steeds* achterwege kan blijven, tenzij de overheid heeft doen weten politiedwang toe te zullen gaan passen, of zulks in de aard der dingen ligt. Mogelijkerwijs geldt hetzelfde wanneer sprake is van zodanig grote maatschappelijke belangen, dat rechtens niet kan worden aanvaard dat wordt gehandeld zonder - voor zover hier van belang - vergunning of ontheffing. (Intussen wordt onderkend dat deze laatste categorie uiterst vaag is, en dat over de invulling daarvan zeer verschillend kan worden gedacht). Deze benadering komt onmiskenbaar praktisch voor, doch zij leidt tot niet tot bevredigende resultaten. In feite wordt van de overheid steeds gevraagd om zich ter zake duidelijk uit te laten. Gevreesd moet worden dat zij in een (te) groot aantal gevallen plichtmatig, wellicht aan de voet van de beschikking, een kennisgeving als hier bedoeld zal plaatsen. Door dat niet te doen zou zij, in een bepaalde visie, immers de hand lichten met regels op de naleving waarvan zij heeft toe te zien.

Er is een tweede bezwaar tegen de hier voorgestane benadering. Zij strookt in het geheel niet met vaste jurisprudentie op talloze terreinen⁷⁾. Is het te boud te veronderstellen dat er meer nodig is om daarmee te breken dan enkele nauwelijks gemotiveerde volzinnen van de Voorzitter van de Afdeling? De conclusie zal waarschijnlijk moeten zijn dat de reikwijdte van de hier besproken beslissing betrekkelijk beperkt is. Onbeantwoord blijft dan de vraag: hoe beperkt. Toekomstige uitspraken zullen dat uit moeten wijzen.

5.

In het voorafgaande werd reeds en passant ingegaan op de vraag of de uitspraak rechtens aanvaardbaar is. Daarover nu wat meer.

7) Mogelijk strookt deze uitspraak wel met niet gepubliceerde uitspraken, doch deze zijn voor mij veelal niet kenbaar.

De uitspraak leidt in zoverre tot een enigszins merkwaardig resultaat dat het verzoek van een vennootschap, die overeenkomstig de geldende regels willen handelen, wordt afgewezen, niet omzet ze "ongelijk" had doch omdat de overheid geen politiedwang zou toepassen. Afwijzing van het verzoek brengt mee dat het Griffierecht wordt "verbeurd"⁸⁾. Dit is niet erg bevredigend.

Overtreding van voorschriften als hier bedoeld is veelal strafbaar gesteld. Moet de uitspraak van de Voorzitter zo worden begrepen dat de Officier, indien hij al tot vervolging zou overgaan (hetgeen onwaarschijnlijk is) niet in zijn vordering kan worden ontvangen? De rechtsgrond voor een dergelijke niet-ontvankelijkheidsverklaring is niet eenvoudig aan te dragen. Vermoedelijk zal hij zijn toevlucht moeten nemen tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur⁹⁾. Wat er van de ontvankelijkheid ook zij, aangenomen zal moeten worden dat geen veroordeling tot straf zal kunnen volgen, nu wordt gehandeld met de "feitelijke zegen" van de administratieve kort geding rechter.

De uitspraak van de Voorzitter, wat er ook van de theoretische grond waarop deze berust zij, is onmiskenbaar praktisch en bevredigend. Het is niet zinvol dat een kostbaar rechterlijk apparaat onnodig werk verricht. Papieren rompslomp met alle daaraan verbonden tijd voor rechter, overheid en appellant, dient zoveel mogelijk te worden vermeden. De uitspraak past ook in de lijn van de civiele rechtspraak en de Kroonjurisprudentie. Het is (niettegenstaande de wet) vaste rechtspraak dat handelen zonder vergunning *niet* onrechtmatig is, althans niet kan worden verboden, wanneer een andere handelwijze praktisch gesproken onmogelijk is¹⁰⁾.

8) Art. 107 lid 9 Wet RvS.

9) De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden ook in het strafrecht, zie o.a. HR 4 dec. 1979, NJ 1980, 157 m.n. Th.W.v.v.

10) Pres. Rb. A'dam 1 maart 1983, KG 1984, 88, M+R 1987, 1; Pres. Rb. Arnhem 20 dec. 1983, KG 1984, 25, M+R 1987, 2; Pres. Rb. A'dam 29 maart 1983, KG 1984, 115, M+R 1987, 3. Deze drie uitspraken zijn geannoteerd door F.W. Grosheide.

Pres. Rb. Utrecht 19 maart 1981, M+R 1983, 79; Pres. Rb. Roermond 22 april 1982, KG 1982, 69, waarover F.W. Grosheide in M+R 1983,

(vervolg noot)

Hoewel zulks een enigszins andere vraag betreft: moet worden aangenomen dat naar het oordeel van de Kroon geen dwangsommen op overtreding van Hinderwetvoorschriften kunnen worden gesteld, wanneer de "vergunninghouder" aan de vergunningvoorschriften redelijkerwijs niet kan voldoen¹¹⁾.

6.

De conclusie moet zijn dat de uitspraak van de Voorzitter, hoewel a prima vista enigszins verrassend, bij nadere beschouwing grote voordelen in zich bergt. Zij is praktisch, en past redelijk in het even praktische bouwwerk dat is opgetrokken door de Kroon en de civiele rechtspraak. Jammer is dat vooralsnog onduidelijk is in hoeverre soortgelijke uitspraken in andere gevallen kunnen worden verwacht.

(vervolg noot)

p. 79 e.v. Onjuist zijn de beschouwingen van Grosheide over HR 1 jan. 1981, NJ 1981, 227 m.n. CJHB, voorzover wordt bedoeld dat de HR op dezelfde lijn zou zitten.

11) Vz Afdeling Geschillen van Bestuur 29 okt. 1984, M+R 1985, 27.

CAUSA, SCHENKING EN NATUURLIJKE VERBINTENIS^{*)}

W.L. Valk
mevr. G. van der Veen

Wie voldoet aan een natuurlijke verbintenis schenkt niet. Dat lijkt vanzelfsprekend: betaling doet verbintenissen tenietgaan; schenking daarentegen is bron van verbintenissen. Toch is de grens tussen schenking en het voldoen aan een natuurlijke verbintenis niet steeds eenvoudig te trekken. Onderstaand betoog wil de aanzet zijn voor een nieuwe benadering van het probleem.

Enige opmerkingen over de causa (oorzaak) van de overeenkomst - en met name die der schenking - gaan vooraf.

Inleiding

Het burgerlijk recht wordt gekenmerkt door een causale structuur. Aan alle civiel vermogensrecht ligt de afweging ten grondslag, of voor een vermogensverschuiving tussen deze en die personen, onder zulke en dergelijke omstandigheden, voldoende grond bestaat. Met Schoor-dijk kan men het ook aldus uitdrukken, "dat alle vermogensrechtelijk denken een denken in termen van gegronde en ongegronde verrijking is"¹⁾. Maar men bedenke daarbij, dat het vermogensrecht zich niet alleen met *waarde*verschuivingen bezighoudt; elke verandering in de vermogensrechtelijke toestand der rechtssubjecten behoeft rechtvaardiging. Zo staat de overeenkomst welke onder invloed van dwaling totstandkwam, ook dan aan vernietiging bloot, indien de overeengekomen prestaties overigens gelijkwaardig zijn.

Bedoelde causale structuur wordt enigszins versluierd door de gelaagde opbouw van ons vermogensrecht. Eerst worden bepaalde

*) Met dank aan mw mr C.G. Breedveld-de Voogd, mw mr J. van Duijvendijk-Brand en mr J.B. Vegter voor hun waardevolle aanwijzingen.

1) Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, blz. 452.

rechtsfeiten, zoals overeenkomst en onrechtmatige daad, aangewezen als bron van verbintenis. Vervolgens dient elke vermogensverschuiving te berusten op een dergelijke verbintenis²⁾: wie niet krachtens geldige titel verkrijgt, wordt geen eigenaar³⁾; en hetgeen zonder rechtsgrond is betaald, kan worden teruggevorderd (art. 1395 BW; art. 6.4.2.1 e.v. NBW). De overeenkomst welke onder invloed van dwaling totstandkwam, kan op vordering van de dwalende worden vernietigd. Eerst dan ontvalt aan hetgeen krachtens de overeenkomst is betaald de rechtsgrond. Er bestaan echter rechtsstelsels waarin deze casus niet in twee maar in één stap tot een oplossing wordt gebracht. Zo kan de dwalende naar Amerikaans recht restitutie van het betaalde vorderen, zonder dat eerst de overeenkomst behoeft te worden vernietigd⁴⁾. In verhoudingen waarbij behalve contractanten ook een derde is betrokken, is ook naar Nederlands recht een dergelijke 'directe weg' niet onbekend. Anders dan de schuldeiser bij de Pauliana, kent de wet de benadeelde legitimaris direct een rechtsvordering tegen de begiftigde toe (art. 967 BW).

De causale structuur ligt ten grondslag aan alle modern vermogensrecht. De uitwerking in concrete regels van positief recht kan nog in een ander opzicht verschillen. Naar Duits recht is de geldigheid der eigendomsoverdracht geabstraheerd van het al dan niet bestaan van een geldige titel (Par. 929 BGB), maar degene die aldus een goed verkrijgt waarop hij (achteraf beschouwd) geen geldige obligatoire aanspraak had, is tot ongedaanmaking verplicht, dat wil zeggen dat hij het goed aan de oorspronkelijke eigenaar moet leveren (Par. 812 BGB; 'Leistungskondiktion'). Zonder geldige verbintenis kan de vermogensverschuiving geen standhouden.

Het beginsel van het consensualisme⁵⁾

Dat afspraken ook *rechten* binden is niet van alle tijden.

2) Uitzonderingen zijn echter denkbaar. Vgl. A.S. Hartkamp, Het begrip leveringstitel, WPNR 5267 (1974), blz. 375 e.v.

3) HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1, nt. D.J.V. (Damhof/Staat); art. 3.4.2.2 lid 1 NBW.

4) Vgl. H.C.F. Schoordijk, Verrijkingsrecht in de Anglo-Amerikaanse literatuur, NJB 1984, blz. 627.

5) De term is ontleend aan Asser-Rutten II, blz. 31 e.v.

Als betaling van de koopprijs voorlopig achterwege blijft, doet men dat omdat men vertrouwen in elkaar heeft (men koopt *op krediet*). Wie dat vertrouwen beschaamt zal de volgende keer als contractspartner worden geweigerd (en veelal niet alleen door de gedupeerde leverancier). Het effect van dergelijke informele sancties kan niet licht worden overschat.

Pas op den duur ontstaat behoefte aan de mogelijkheid om ook in rechte te kunnen optreden tegen degene die zijn afspraken niet nakomt. Het spreekt vanzelf, dat deze behoefte zich vooral daar doet voelen, waar door één der partijen reeds is gepresteerd. Het reële contract heeft dan ook zeer oude rechten⁶⁾.

Met uitzondering van het Romeinse recht, kenden de vóór-middeleeuwse rechtsstelsels waarschijnlijk geen consensuele contracten. En ook bij de Romeinen was de gebondenheid door een enkele afspraak meer uitzondering dan regel. Eerst in de middeleeuwen won onder invloed van de Kanonisten de gedachte veld dat elke afspraak bindt. Het beginsel van het consensualisme doet zijn intrede. 'Pacta quantuncunquē nuda servanda sunt'⁷⁾.

De oorzaak der overeenkomst

Geheel ongeclausuleerd werd het adagium 'pacta sunt servanda' echter niet aanvaard. De Romanisten⁸⁾, het Rooms-Hollandse recht, de Franse Code Civil en in het voetspoor van de laatste ook ons huidige Burgerlijk Wetboek, stelden en stellen de eis van een 'causa' ('oorzaak'). Wilsovereenstemming alleen is onvoldoende om een (rechtens) bindende overeenkomst te doen ontstaan, daarnaast is een (geoorloofde) oorzaak vereist.

Over de betekenis van het begrip 'oorzaak' in de artt. 1356 en 1371 BW lopen de meningen uiteen. Wij beperken ons tot de oorzaak-

6) Niet in alle rechtsstelsels de oudste. De formele overeenkomst is in het Romeinse recht vermoedelijk ouder. Vgl. R. Feenstra/Margreet Ahsmann, Contract, Deventer 1980, blz. 8, 9.

7) Decretalen van Paus Georgius IX uit 1234, opschrift boven 1, 35, 1. Vertaling: afspraken, hoezeer zij ook naakt zijn, moeten worden nagekomen. Vgl. Feenstra/Ahsmann, a.w., blz. 6.

8) Dat wil zeggen de Middeleeuwse beoefenaars van het Romeinse recht.

eis (bespreking van het leerstuk der *ongeoorloofde* oorzaak blijft derhalve achterwege).

Ruwweg⁹⁾ zijn er drie opvattingen te onderscheiden¹⁰⁾. In de eerste plaats de opvatting welke het begrip 'oorzaak' verstaat als de strekking der overeenkomst of datgene wat partijen met de overeenkomst beogen te bereiken (zgn. subjectieve leer). Verder de opvatting dat de wet een economisch maatschappelijke grondslag voor de overeenkomst eist (objectieve leer). Ten laatste de opvatting welke aan de *causa*-eis geen of slechts een zeer beperkte betekenis toekent (de anti-causale richting).

Voor al deze opvattingen zijn aanknopingspunten te vinden in de rechtsgeschiedenis¹¹⁾. Wij menen echter dat de objectieve leer op dit punt de sterkste papieren heeft. Het moge waar zijn dat het Romeinse recht de *causa*-eis alleen bij de *stipulatio* stelde en dat eerst de middeleeuwse Romanisten hem op alle overeenkomsten toepasten. Maar deze uitbreiding hield ongetwijfeld verband met de opkomst van het consensualisme¹²⁾. Waarom hanteerden de middeleeuwse Romanisten de *causa*-eis bij elke overeenkomst? Omdat de (rechten) verbindende kracht van een overeenkomst niet alleen op de wilsovereenstemming van partijen berust. De oorzaak-eis is een uitvloeisel van de gedachte dat boven-individuele belangen het inzetten van rechter en deurwaarder dienen te rechtvaardigen¹³⁾.

De Hoge Raad heeft in 1922 uitdrukkelijk de subjectieve opvatting aanvaard:

"De oorzaak ener overeenkomst is haar strekking, dat is, datgene wat partijen beogen door haar te bewerken"¹⁴⁾.

-
- 9) Bespreking van de vraag of het om de oorzaak van de verbintenis dan wel om de oorzaak van de overeenkomst gaat, blijft achterwege. Als men 'overeenkomst' maar als rechtsbetrekking beschouwt is deze strijdvrage van minder belang. Vgl. G.J. Scholten, De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst, AA 34 (1985), blz. 747.
 - 10) De onderscheiding is van G.J. Scholten, De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst, diss. Amsterdam, Zwolle 1934, blz. 3 e.v.
 - 11) Zie E.M. Meijers, Nieuwe bijdragen omtrent de leer der consideration en der *causa*, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, dl. III, Leiden 1955, blz. 306 e.v.
 - 12) G.J. Scholten, diss., blz. 50; Asser-Rutten II, blz. 174.
 - 13) G.J. Scholten, diss., blz. 98.
 - 14) HR 17 november 1922, NJ 1923, 155 (Zeilmaker/Mirandolle).

Veelal neemt men aan dat zulks sindsdien vaste rechtspraak is. Maar gezien zijn arrest van 23 mei 1986¹⁵⁾ is er - zo zouden wij denken - reden tot twijfel of de Hoge Raad de subjectieve leer nog wel (uitsluitend) hanteert.

Het causa-beginsel

Met het Nieuw BW in het vooruitzicht heeft de strijd tussen subjectieve, objectieve en anti-causale leer veel van haar glans verloren. De marginale rol welke de oorzaak-eis thans nog speelt, lijkt probleemloos te worden overgenomen door andere leerstukken van burgerlijk recht.

Dat de oorzaak-eis nauwelijks nog enige zelfstandige betekenis toekomt, mag niet verwonderen. De opkomst der causa-leer in de continentale rechtssystemen hield - evenals die der 'consideration' in het Engelse recht¹⁶⁾ - verband met het afdwingbaar worden van informele afspraken. De afspraak welke zich louter in de privé-sfeer afspeelt is juridisch irrelevant. Het gebied van afspraken welke de rechtsorde niet sanctioneert, is door de eeuwen heen sterk geslonken. In beginsel zal thans overal waar door partijen een verandering in hun vermogensrechtelijke toestand wordt beoogd, een causa moeten worden aangenomen. Zo zal zelfs schenking van een zaak met uitsluitend affiniteitswaarde moeten worden erkend als titel van eigendoms-overdracht, en dus als een rechtsgeldige overeenkomst¹⁷⁾.

Het Nieuw BW heeft de oorzaak-eis laten vallen. De causale structuur van het burgerlijk recht blijft echter behouden. En in die structuur komt de betekenis van de oorzaak der overeenkomst tot uiting. "Het causa-vereiste is dood, leve het causa-beginsel"¹⁸⁾. Naarmate de

15) NJ 1986, 762, nt. G. Men vergelijkte rechtsoverweging 3.2 met punt 7 van de conclusie van A-G Franx.

16) M.P. Furmston/A.W.B. Simpson, Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract, 11th ed., London 1986, blz. 7.

17) Voorzover ons bekend wordt immers door niemand serieus verdedigd dat degene welke een dergelijke zaak wordt ontstolen, de revindicatie niet kan instellen (en dus hoogstens een actie uit onrechtmatige daad toekomt).

18) J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden, Deventer 1979, blz. 69.

causa der overeenkomst minder spreekt, zullen zich andere rechtsbeginselen sterker doen gelden¹⁹⁾.

De goederen- en dienstenstroom vormt de slagader van de economie en wordt beheerst door 'voor wat, hoort wat'. De wederkerige overeenkomst is het contract van het handelsverkeer. Het maatschappelijk belang bij de afdwingbaarheid van dergelijke overeenkomsten is evident. Maar welk boven-individueel belang is in het geding bij de overeenkomst welke uit vrijgevigheid wordt aangegaan? Wat kan het *rechtens* binden van de schenkingsbelofte rechtvaardigen? De overeenkomst uit vrijgevigheid is naar zijn aard aan het handelsverkeer vreemd. Nochtans is zij naar hedendaags recht afdwingbaar. De zekerheid welke het maatschappelijk verkeer behoeft, verlangt dat men op elkaar aan kan. Maar de aanwezigheid van een causa is bij de overeenkomst welke op basis van wederkerigheid wordt aangegaan meer vanzelfsprekend, dan bij de overeenkomst uit vrijgevigheid²⁰⁾.

Dat de schenking een minder dwingende causa heeft, openbaart zich in de causale structuur van het burgerlijk recht. Naarmate de belangen van derden meer in het geding zijn, kan de verbintenis uit een schenkingsovereenkomst minder de door partijen beoogde vermogensverschuiving(en) rechtvaardigen. Inkorting van giften is mogelijk indien (en voorzover) de legitieme portie van één der erfgenamen van de schenker is geschonden (art. 967 BW). Kosten van bijstand kunnen, onder bepaalde omstandigheden, worden verhaald op degene aan wie de bijstandsontvangende een schenking heeft gedaan (art. 59a ABW). Verder lijkt verband aannemelijk met het onderscheid wat bij verschillende derdenbeschermingsbepalingen wordt gemaakt tussen rechtshandelingen om niet en onder bezwarende titel²¹⁾. Maar ook in

19) Nieuwenhuis, a.w., blz. 3 e.v.

20) G.J. Scholten, diss., blz. 107, ontzegt de schenkingsovereenkomst een causa. Gezien zijn standpunt dat de causa de rechtvaardiging vormt voor het rechtens binden van de overeenkomst (blz. 96), kunnen wij niet inzien hoe hij dan de afdwingbaarheid der schenkingsbelofte kan verklaren. Ook Nieuwenhuis, a.w., blz. 73 neemt een dergelijk standpunt in. Anders: de oudere jurisprudentie: HR 8 april 1927, NJ 1927, 1202, nt. P.S.; HR 17 december 1936, NJ 1937, nt. E.M.M.; en ook de meeste schrijvers, zie recent: Van Mens, diss., blz. 116 e.v. Naar hun opvatting is vrijgevigheid de oorzaak der schenkingsovereenkomst. Deze zienswijze is een uitvloeisel van de subjectieve opvatting der oorzaak.

21) Zo bij artt. 2014, 1377 lid 3 BW en art. 44 Fw.

de verhouding tussen partijen doet het causa-beginsel zich gelden. De gebondenheid aan het opgewekte vertrouwen dat men een schenkings-overeenkomst aangaat, zal minder snel worden aangenomen²²⁾. Bij verandering van omstandigheden is de schenkingsovereenkomst sneller aantastbaar dan de overeenkomst welke op basis van wederkerigheid werd aangegaan. De schenking kan worden 'herroepen' indien de begiftigde weigert de schenker, nadat deze in armoede is vervallen, levensonderhoud te verschaffen (art. 1725 sub 3 BW).

Schenking. Algemeen

Dàt de causa van de schenkingsovereenkomst minder overtuigend is, openbaart zich in de causale structuur van het burgerlijk recht. Maar wat is schenking? Art. 1703 lid 1 BW luidt:

"Schenking is eene overeenkomst, waarbij de schenker, bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde die hetzelfde aanneemt".

Tenminste op twee punten is nuancering noodzakelijk.

De overeenkomst moet uit vrijgevigheid zijn aangegaan; dat wil zeggen: de overeenkomst moet op verrijking van de begiftigde zijn gericht. Wie een strook grond ten behoeve van wegaanleg om niet afstaat, in de verwachting dat de waarde van de rest van zijn perceel (meer dan) evenredig zal stijgen, schenkt niet²³⁾. Niet vereist is dat de schenker uit altruïsme handelde. Een onderzoek naar de motieven van de schenker is gewenst noch gerechtvaardigd. Niet gewenst, daar zulks tot een onaanvaardbare rechtsonzekerheid zou leiden²⁴⁾. Ook niet gerechtvaardigd. De schenkingsbepalingen strekken voor een groot deel tot bescherming van derden. Het is daarom niet juist hun toepasselijkheid van de al dan niet edele motieven van de schenker afhankelijk te stellen. Voldoende is dat de schenker, hoewel zich bewust van het ontbreken van enigerlei verplichting, desondanks de verrijking van de begiftigde heeft gewild.

22) Zie HR 12 juni 1981, NJ 1982, 238, nt. C.J.H.B. (Huize Helena; a contrario). Vgl. nog HR 12 september 1986, RvdW 1986, 158.

23) Dat is dus ook niet anders, indien bedoelde verwachting niet wordt bewaarheid.

24) Vgl. G.J. Scholten, diss., blz. 89.

Schenking is nog op vele andere wijzen mogelijk dan in art. 1703 bedoeld. Naast de zogenaamde formele schenking van art. 1703 staat de materiële schenking. Hieronder vallen al die handelingen, welke er toe strekken dat degeen die de handeling verrichte, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt (art. 7.3.12 lid 2 NBW). Zo bijvoorbeeld de verkoop onder de waarde (mits uit vrijgevigheid). Ook de materiële schenking is naar haar aard aan het handelsverkeer vreemd. De bepalingen welke met de verminderde causa der schenkingsovereenkomst samenhangen, zijn derhalve ook op de materiële schenking van toepassing.

Natuurlijke verbintenis. Algemeen

Ons huidig Burgerlijk Wetboek is over de natuurlijke verbintenis kort:

"Ten opzichte van natuurlijke verbintenissen, waaraan men vrijwillig voldaan heeft, kan geene terugvordering vallen" (art. 1395 lid 2 BW).

Drie vragen houden en hielden de civilisten verdeeld: wat, wanneer en met welk gevolg?

Wat is een natuurlijke verbintenis? Zij is een echte verbintenis, maar onderscheidt zich van de gewone civiele verbintenis, doordat zij geen volkomen rechtsbescherming geniet²⁵⁾. Aldus de heersende leer. Hiertegen Eggens²⁶⁾ en Schoordijk²⁷⁾: de natuurlijke verbintenis is (nog) geen verbintenis (in juridische zin). Het "voldoen aan" een natuurlijke verbintenis valt in tweeën uiteen: eerst ontstaat de verbintenis en vervolgens wordt zij nagekomen (samenvol van rechtsmomenten).

Wanneer is er een natuurlijke verbintenis? Alleen indien de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt

25) Asser-Rutten I, blz. 35. Aldus ook: Toelichting Meijers, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 75. Vgl. HR 24 juni 1953, NJ 1953, 645.

26) J. Eggens, De natuurlijke verbintenis in het belastingrecht, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, Haarlem 1958, blz. 348.

27) Algemeen gedeelte, blz. 59.

(enge leer). Of: bovendien wanneer een zedelijke plicht tot presteren bestaat (ruime leer). De Hoge Raad heeft de ruime leer aanvaard²⁸⁾.
Maar

"... niet elke morele verplichting doet een natuurlijke verbintenis ontstaan. Dit is alleen het geval indien de omstandigheden van het geval en de verhouding der betrokken personen de nakoming daarvan zó dringend maken, dat degene tegenover wien zulk een verplichting bestaat, de nakoming ervan kan beschouwen als de vervulling van een hem toekomende - zij het rechtens niet afdwingbare - prestatie"²⁹⁾.

Daarbij is het subjectieve inzicht der betrokken personen niet beslissend. Het komt aan op de maatschappelijke opvattingen³⁰⁾.

Welke rechtsgevolgen heeft de natuurlijke verbintenis? Tenminste drie. Terugvordering van wat vrijwillig is betaald, is uitgesloten (art. 1395 lid 2 BW). Zij kan bij rechtshandeling tot een civiele verbintenis worden versterkt³¹⁾. Versterking noch betaling van een natuurlijke verbintenis houdt een schenking in³²⁾.

Schenking en natuurlijke verbintenis

Versterking noch betaling van een natuurlijke verbintenis houdt een schenking in. Waarom niet?

Algemeen gangbaar is de opvatting dat het bestaan van een natuurlijke verbintenis vrijgevigheid uitsluit³³⁾. Nuancering is echter noodzakelijk.

A heeft een vordering ad f 1000 op B. Als B tot betaling wordt aangesproken, beroept hij zich met succes op verjaring. Nadat B er financieel beter is komen voor te staan, betaalt hij f 1000 per giro aan A met de mededeling 'schenking'.

Op B rustte een natuurlijke verbintenis jegens A. Kan daarom de betaling ad f 1000 nimmer een schenking zijn? Wij kunnen dat moeilijk

28) HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777, nt. P.S. (Goudse bouwmeester).

29) HR 18 maart 1953, NJ 1953, 640.

30) Asser-Rutten I, blz. 43. Vgl. art. 6.1.1.3 lid 2 NBW: "... naar maatschappelijke opvattingen ...".

31) HR 4 mei 1932, NJ 1933, 383, nt. P.S.

32) HR 4 mei 1932, NJ 1933, 383, nt. P.S.; HR 18 februari 1938, NJ 1939, 323, nt. P.S.; HR 24 juni 1953, NJ 1953, 645.

33) Aldus o.a.: Asser-Kamphuisen, blz. 558; Van Mens, diss., blz. 128. Vgl. nog de volgende rechtspraak: HR 18 maart 1953, NJ 1953, 640; HR 30 januari 1963, NJ 1963, 249.

aannemen. Waarom zou B niet kunnen, wat ieder ander wel kan - namelijk A f 1000 schenken? Van de betaling moet kunnen worden vastgesteld tot kwijting van welke verbintenis zij geschiedt: wilde B zijn verjaarde schuld voldoen, of stond de 'schenking' naar B's (kenbare) bedoeling geheel op zichzelf?

Stel dat B zich van het bestaan van een natuurlijke verbintenis niet bewust is geweest. Is daarvan de consequentie dat van betaling van een natuurlijke verbintenis geen sprake kan zijn? Geenszins, de wil van degene die betaalt, behoeft niet op de juridische kwalificatie van de verplichting te zijn gericht³⁴⁾. Komt vast te staan dat B de f 1000 'schonk' omdat de verjaarde schuld hem dwarszat, zo is sprake van betaling van een natuurlijke verbintenis. Hij voldeed zijn oude schuld. Dat hij zich er niet van bewust was dat hij daartoe niet alleen moreel maar ook rechtens (zij het niet afdwingbaar) verplicht was, doet niet ter zake. Men mag dat normatieve uitleg van rechtshandelingen noemen, als men maar bedenkt, dat voor de vraag welk rechtsgevolg intreedt, de (kenbare) bedoeling van B van beslissend belang is.

Aldus wordt de betekenis van het vrijgevigheidsvereiste duidelijk. In de eerste plaats grenst het de schenking af ten opzichte van de overeenkomst welke weliswaar door het recht als een rechtshandeling 'om niet' wordt bestempeld, doch om het direct met de overeenkomst verbonden voordeel werd aangegaan (zie boven). Daarnaast geeft het houvast bij het onderscheiden van schenking en (onverschuldigde) betaling. Het moge waar zijn dat overeenkomst en betaling steeds logisch zijn te onderscheiden, in de praktijk vallen zij niet zelden in tijd (en naar de voorstelling van partijen) samen. Dat klemt te meer nu de schenkingsovereenkomst - zoals elke rechtshandeling - stilzwijgend kan totstandkomen. Nodig is daarom dat vast komt te staan, dat de schenker, zonder de bedoeling om te voldoen aan enigerlei (juridische) verplichting, de vermogensverschuiving heeft gewild.

34) Vgl. E.M. Meijers, Natuurlijke en onvolkomen verbintenissen, WPNR 2964 (1926), blz. 544, 545, VPO III, blz. 171.

Schenking en natuurlijke verbintenis (vervolg)

Maar de vrijgevigheidseis bezit niet steeds voldoende onderscheidend vermogen.

P is 15 jaar werknemer geweest van Q. P ontvangt bij zijn afscheid een 'gouden handdruk' ad f 200.000,-. Vaststaat dat - hoewel zulks in de desbetreffende bedrijfstak niet ongebruikelijk is - P nimmer pensioenrechten zijn toegekend.

Berustte de betaling ad f 200.000,- op een reeds bestaande (natuurlijke) verbintenis, of werd de verbintenis eerst op het moment der betaling bij overeenkomst in het leven geroepen? De rechtspraak neemt in een dergelijke situatie in beginsel het bestaan ener natuurlijke verbintenis aan³⁵⁾. Toch lijkt ons voor een tegengestelde opvatting veel te zeggen.

Elke vermogensverschuiving dient te berusten op een geldige verbintenis. De afgrenzing tussen schenking en natuurlijke verbintenis betreft de vraag of een bestaande (natuurlijke) verbintenis als rechtsgrond voor de vermogensverschuiving kan worden aangewezen, of dat het ontstaan van een schenkingsovereenkomst moet worden aangenomen. De verbintenis vormt niet de rechtsgrond van een vermogensverschuiving zonder meer, maar van een *bepaalde* vermogensverschuiving. Voor de geldigheid van een verbintenis is vereist, dat datgene waartoe zij verplicht bepaalbaar is³⁶⁾.

1/1: X komt met Y overeen dat hij Y's fiets koopt voor een nader overeen te komen bedrag. 10/1: X betaalt per giro f 100,- aan Y met de vermelding 'kooprijks fiets'.

Op 1/1 ontstond geen geldige verbintenis tot betaling van een koop-som (artt. 1356 en 1369 BW). Waarom niet? In de eerste plaats niet omdat de bepaling van de kooprijks - als een der essentialia van de overeenkomst - alleen aan partijen toekomt (hetgeen op 1/1 niet is geschied). Maar bovendien staat de causale structuur van het burgerlijk recht daaraan in de weg. Indien wij al aannemen dat op 1/1 voor X wèl een verbintenis zou ontstaan, zo kan die verbintenis slechts

35) HR 24 juni 1953, NJ 1953, 645. Vgl. nog: HR 28 juni 1940, NJ 1941, 61, nt. Ph.A.N.H.; HR 7 december 1956, NJ 1958, 445; HR 15 januari 1971, NJ 1971, 187, nt. G.J.S.

36) Asser-Rutten I, blz. 14; Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 23.

strekken tot betaling van een koopprijs. Maar hoe dan te bepalen of en in hoeverre de betaling op 10/1 mogelijk onverschuldigd is, of eventueel deels een schenking inhoudt? De enige juiste oplossing is derhalve, dat X op 10/1 Y een *aanbod* doet, wat door Y kan worden aanvaard (eventueel stilzwijgend) of verworpen. X voldeed niet aan een reeds bestaande verbintenis, maar (afhankelijk van de vraag of Y aanvaardt) schiepen X en Y bij overeenkomst een verbintenis.

Keren wij thans terug tot het voorlaatste voorbeeld, zo vallen twee dingen op. 1) Q kon door betaling van een bedrag ineens, door het toekennen van pensioenrechten en mogelijk nog op vele andere wijzen aan zijn (morele) verplichtingen jegens P voldoen. 2) Ook de waarde van de door Q (moreel) verschuldigde prestatie stond voorheen niet vast, maar staat in beginsel ter beoordeling van partijen. Ter beoordeling van de rechter staat slechts of P en Q het *redelijke* niet te buiten zijn gegaan³⁷⁾, terwijl voor het eventuele surplus vrijwel steeds een schenking zal worden aangenomen. De conclusie lijkt ons onontkoombaar dat in deze en dergelijke gevallen van betaling van een reeds bestaande (natuurlijke) verbintenis geen sprake kan zijn. Bij overeenkomst *scheppen* P en Q een verbintenis, welke direct daarop wordt betaald.

Om wat voor gevallen gaat het?

De 'natuurlijke verbintenis' welke inhoud onvoldoende bepaalbaar is, is geen verbintenis in rechtskundige zin³⁸⁾. Om wat voor gevallen gaat het?

Vrijwel steeds zal het verplichtingen betreffen uit moraal en fatsoen. Weinig is meer veranderlijk dan 'maatschappelijke opvattingen'.

37) Zie HR 30 november 1945, NJ 1946, 62 (De Visser/Harms).

38) Men onderscheide de hier verdedigde opvatting van die van Eggens en Schoordijk. Zij menen dat bij alle natuurlijke verbintenissen niet van een verbintenis in rechtskundige zin mag worden gesproken, omdat een rechtsplicht zonder rechtsvordering innerlijk tegenstrijdig zou zijn. Wij kunnen hun opvatting echter niet volgen. Stel A en B nemen bij 'gentlemen's agreement' concrete verplichtingen op zich. Is het nu werkelijk reëel om aan te nemen dat zij, als zij hun verplichtingen - zoals gentlemen betaamt - nakomen, eerst nog verbintenissen moeten scheppen? Zo ook bij de verjaarde schuld.

gen'. Men denke aan de onderhoudsverplichtingen tussen echtgenoten. Dát de werkende partner voor het levensonderhoud van zijn echtgenoot na zijn overlijden behoort te zorgen, zal ook anno 1987 algemeen worden onderschreven. Maar welke invloed op de omvang van die verplichtingen toe te kennen aan de omstandigheid dat de echtgenoot in staat is (door middel van betaalde arbeid) zelf een inkomen te verwerven? Over het onbestemde karakter van de maatschappelijke opvattingen omtrent de onderhoudsverplichtingen tussen ongehuwde samenwoners, partners in een LAT-relatie enz., zullen wij maar verder zwijgen.

Uitzonderingen zijn echter denkbaar. De verbintenis van de Goudse bouwmeester was voldoende bepaald: afdracht van alle ontvangsten steekpenningen.

Conclusie

De 'natuurlijke verbintenis' welker inhoud onvoldoende bepaalbaar is, is geen verbintenis in rechtskundige zin. Is daarvan de consequentie dat indien aan zo'n 'verbintenis' wordt voldaan de schenkingsbepalingen van toepassing zijn?

Dat de schenkingsovereenkomst een minder overtuigende causa heeft, openbaart zich in de causale structuur van het burgerlijk recht (zie boven). Maar niet bij elke 'schenking' heeft de rechtsgemeenschap even weinig belang. Een behoorlijke verzorging van de langstlevende echtgenoot, pensioen voor de arbeider enz. zijn waarden welke het moderne recht niet *mag* negeren. Deze en dergelijke rechtsfiguren hebben méér causa dan de (gewone) schenking. Toen de Hoge Raad in 1926 de natuurlijke verbintenis uit moraal en fatsoen erkende, greep de rechtspraak deze vondst daarom aan om in sprekende gevallen de schenkingsbepalingen buiten spel te zetten.

Het causa-beginsel kan (evenals andere rechtsbeginselen) tot een beslissing nopen welke niet of onvoldoende in het stelsel der wet past. Vanuit dat inzicht menen wij nog verder te moeten gaan. Ook in gevallen waarin naar maatschappelijke opvatting een dringende morele plicht ontbreekt, kan de toepasselijkheid der schenkingsbepalingen onaanvaardbaar zijn. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat partijen op bepaalde ontwikkelingen in de samenleving vooruit lopen. Vergelijk Hof Amsterdam 11 november 1959, NJ 1960, 286.

X en Y zijn in 1946 bij uitsluiting van iedere gemeenschap gehuwd. In 1959 vragen pp. ex art. 204 (thans 1:119) BW de rechtbank goedkeuring voor aanvulling van hun huwelijkse voorwaarden met een zgn. Amsterdams verrekenbeding. Bedoeling van pp. is te voorkomen dat de vrouw, die mede door haar (huishoudelijke) arbeid de financiële welstand van het gezin heeft opgevoerd, daarvan niet mede zou profiteren. De Rechtbank weigert haar goedkeuring wegens strijd met art. 1715 BW (verbod van schenking tussen echtgenoten).

Bestond hier geen natuurlijke verbintenis? Rechtbank noch Hof neemt dat aan. Bij het huwelijk van een 'zakenman' was de zgn. koude uitsluiting gewoon. Zeker, de plicht voor het levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot te zorgen, had erkenning gevonden³⁹⁾. Maar dat wil nog niet zeggen dat de man ook staande huwelijk voor vermogensvorming bij zijn echtgenote had te zorgen. Echtscheiding was relatief zeldzaam! Dat wij anno 1987 anders oordelen, doet daaraan niet af⁴⁰⁾. Toch ontkent het Hof hier een - door art. 1715 verboden - schenking.

"... dat, gezien het doel, waarom dit geschiedt, van een handelen in strijd met de strekking van art. 1715 BW geen sprake is, omdat hier niet is een handelen uit vrijgevigheid ...".

Een wonderlijke redenering⁴¹⁾. Vele schenkingen dienen een redelijk doel (men denke aan giften aan hulpverleningsorganisaties) zonder dat vrijgevigheid kan worden ontkend. Maar 'summum ius, summa iniuria'. De billijkheid dicteerde hier een beslissing in strijd met de regels⁴²⁾.

Samenvattend: voorzover het voorwerp der natuurlijke verbintenis onvoldoende bepaalbaar is, levert de vrijgevigheidseis een onvoldoende verklaring op van het feit dat op 'betaling' van een dergelijke verbintenis de schenkingsbepalingen geen toepassing vinden. Het causa-beginsel noopt echter in dergelijke gevallen tot rechtspraak

39) Vgl. HR 30 november 1945, NJ 1946, 62 (De Visser/Harms).

40) Zie bijvoorbeeld recent M.J.A. van Mourik, *Huwelijkse Voorwaarden en de eisen van redelijkheid en billijkheid*, WPNR 5811 (1987), blz. 1 e.v., die in soortgelijke gevallen een (afdwingbare) vordering aan de vrouw wil toekennen.

41) Men kan zich afvragen of het Hof niet op een andere wijze aan de kwalificatie 'schenking' had kunnen ontkomen. Van een voltooide waardeverschuiving is ten tijde van de wijziging van het huwelijksgoederenregime geen sprake. Vgl. HR 17 maart 1971, NJ 1972, 136, nt. E.A.A.L.

42) Vgl. Paul Scholten, *Kenmerken van recht*, Verz. Geschr. I, blz. 27 e.v.

welke weliswaar onvoldoende in het stelsel der wet past, maar daarom nog niet minder juist is.

•