

BOTSENDE PERSOONLIJKE RECHTEN

Mr W.A. Hoyng

Een van de eerste zaken waar ik na het verlaten van de geboorteplaats van de BW krant in de praktijk mee geconfronteerd werd was het probleem van de keurige Haagse kamerverhuurster met haar huurder Johan.

Johan, door een leeftijdsverschil van 40 jaar gescheiden van zijn hospita, hield omtrent het gebruik van zijn kamer er andere opvattingen op na dan zijn hospita. Johan betaalde weliswaar keurig zijn huur doch zijn kamer was altijd onopgeruimd en Johan's vriendin pleegde wel eens te blijven overnachten.

De hospita wilde dat de jonge advocaat snel een einde aan de huurovereenkomst zou maken. De advocaat trachtte mevrouw duidelijk te maken dat dat niet zo eenvoudig zou zijn en in ieder geval zeker niet binnen een week geregeld zou zijn.

Twee weken later meldde de hospita zich met een kortgedingdagvaarding waarbij Johan vroeg in het buurgenot hersteld te worden. Eveneens toonde de hospita een huurovereenkomst met de 75-jarige mevrouw Van Zanten. Zij vertelde daarbij het navolgende.

Na de teleurstellende bespreking met haar advocaat had zij gesproken met haar zoon Kees welke in zijn vrije tijd de eerste lessen recht aan het L.O.I. had gevolgd. Deze had haar het navolgende geadviseerd: zodra Johan vertrokken was voor het doorbrengen van het weekend bij zijn ouders zou de kamer van Johan volledig ontruimd moeten worden en mevrouw Van Zanten, welke op de wachtlijst voor een kamer stond, verteld moeten worden dat zij terecht kon. Mevrouw Van Zanten diende wel onmiddellijk de kamer te betrekken. Mevrouw Van Zanten diende wel onmiddellijk de kamer te betrekken. Mevrouw Van Zanten diende bovendien niets verteld te worden over Johan. Tenslotte was het goed het slot van de voordeur te veranderen.

De President wees Johan's vordering af met de overwegingen dat hij geen betere rechten had dan mevrouw Van Zanten en dat, nu de hospita de huurovereenkomst met mevrouw Van Zanten was nagekomen door haar het feitelijk genot te verschaffen, de hospita

in de onmogelijkheid verkeerde om na te komen en mitsdien een bevel tot nakoming niet kon worden gegeven.

De eerste overweging van de President was ongetwijfeld juist. Een ouder persoonlijk recht gaat niet voor een jonger persoonlijk recht. De *paritas creditorum* brengt met zich mee dat persoonlijke rechten van gelijke rangorde zijn. De tweede overweging van de President lijkt minder juist. Zolang niet objectief vaststaat dat de verhuurster in de onmogelijkheid verkeert om na te komen ligt de vordering voor toewijzing gereed. Het enkele feit dat de medewerking van een derde vereist is om na te kunnen komen betekent zeker niet dat er sprake is van zo'n onmogelijkheid. (HR 14 mei 1976, NJ 1977, no. 375 W.H.H. en HR 21 mei 1976, NJ 1977, no. 73 G.J.S.)

Eerst als zou blijken dat de verhuurster de macht over het verhuurde (en daarmee de mogelijkheid om dit ter beschikking te stellen aan de eerste huurder) slechts zou kunnen verwerven door het brengen van offers die alle omstandigheden in aanmerking genomen in redelijkheid niet van haar geveerd kunnen worden zou geen bevel tot nakoming dienen te worden gegeven. De bewijslast zou mijns inziens daarbij dienen te liggen op de verhuurster. Overigens krijgt zij een "herkansing" met betrekking tot dit bewijs via art. 611 d rechtsvordering.

Het zal duidelijk zijn dat een en ander in het bovengeschetste geval niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Immers het lijkt niet onwaarschijnlijk dat de "keurige" hospita ook nog een brief had kunnen produceren van mevrouw Van Zanten waarin deze stelt voor "geen geld" haar nieuw verworven woonruimte te willen verlaten.

Een pyrrhusoverwinning in een soortgelijk geval boekte de teleurgestelde huurder bij de President van de Rechtbank te 's-Hertogenbosch (14 juni 1983, KG 1983, 108). Daarin besliste de President het navolgende.

"Veroordelen gedaagde om binnen vijf dagen nadat eiser er in zal zijn geslaagd bovengenoemde Van der Linden c.s., het zij in onderling overleg, hetzij krachtens rechterlijke uitspraak, de litigieuze woning aan de Houtse Parallelweg 133 te Helmond te doen ontruimen, aan eiser de toegang tot voormeld pand te verschaffen en hem daartoe de huissleutels de overhandigen en aan eiser en zijn echtgenote voormeld pand ter bewoning ter beschikking te stellen en te houden;
Bepalen dat gedaagde aan eiser een dwangsom zullen verbeuren van f 100 voor iedere dag dat gedaagden na betekening

van dit vonnis in gebreke blijven aan deze veroordeling te voldoen;"

Uit de desbetreffende veroordeling volgt nog niet eens de verplichting om op straffe van een dwangsom al het mogelijke te doen om de feitelijke macht terug te verwerven.

De problematiek van de botsing van persoonlijke rechten doet zich in praktijk regelmatig voor ondanks het feit dat behalve met betrekking tot de dubbele verkoop van huizen daaraan weinig aandacht in de literatuur wordt besteed. Ik denk bijvoorbeeld aan het tweemaal verlenen van exclusieve licentierechten (KG President Leeuwarden, d.d. 6-3-1984¹⁾); het aanstellen van een alleenimporteur terwijl de overeenkomst met de andere alleenimporteur nog niet beëindigd is (KG President Haarlem, d.d. 7-2-1985¹⁾), etc.

In het NBW is het navolgende artikel voorgesteld.

Art. 3.11.2a Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.

Dit artikel regelt derhalve uitsluitend de situatie van botsende persoonlijke rechten terzake van levering. Tegen het artikel is door mr P.A. Stein (vide WPNR 5652, blz. 316) als theoretisch bezwaar aangevoerd dat door de onderlinge gerechtigheid van crediteuren van de datum van hun vorderingsrecht afhankelijk te maken inbreuk wordt gemaakt op het juiste uitgangspunt van 3.10.1.2 (gelijkberechtigdheid van schuldeisers).

Dat theoretische bezwaar lijkt niet zo zwaarwegend. In de eerste plaats al niet omdat in praktijk blijkt dat gelijkberechtigdheid van crediteuren meer uitzondering dan regel is (vide o.a. de voorrechten van fiscus en bedrijfsvereniging. Men denke ook aan de vele andere voorrechten vide o.a. de artt. 1185 en 1195 B.W.). In de tweede plaats wordt de gelijkberechtigdheid in feite niet doorbroken. Slechts wordt bepaald wie het onroerend goed geleverd krijgt en (daarmee) wie recht heeft op de schadevergoeding, welke gelijk moet zijn aan het geleden verlies en de gederfde winst wegens het niet verkrijgen van het onroerend goed. In het geval dat de (dubbele) verkoper niet voldoende middelen heeft om

de schadevergoeding te betalen zal uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (of wellicht zelfs uit de wet: te weten de *paritas creditorum*) voortvloeien dat geen van beide kopers het onroerend goed krijgt doch dat beiden naar evenredigheid de geleden schade (deels) vergoed krijgen.

De door Stein aangedragen oplossing om *altijd* de beide vorderingen tot levering te doen oplossen in vorderingen tot schadevergoeding lijkt in praktijk weinig bevredigend. In het algemeen wensen beide partijen de gecontracteerde prestatie (in casu mitsdien de levering). Men koopt geen huis met het oog op het verkrijgen van schadevergoeding. De consequentie van Stein's oplossing is nu dat in het geval van dubbele verkoop *beide* kopers teleurgesteld worden. Het begeerde onroerend goed blijft bij de verkoper of gaat - nadat de schade betaald is aan de eerste twee kopers - naar een derde koper. Dat lijkt nogal onlogisch. Er is één onroerend goed en derhalve behoeft slechts één van de kopers teleurgesteld te worden. Het kiezen voor de eerste koper wordt mijns inziens in het algemeen ook maatschappelijk als volstrekt normaal aanvaard.

Het hierboven aangehaalde artikel 3.11.2a lijkt derhalve een goede aanzet tot de oplossing van het probleem van de dubbele verkoop van onroerend goed. Het geeft echter geen oplossing voor de problematiek van de Haagse kamerverhuurster en Johan, de dubbele exclusieve licentie, de dubbele alleenverkoop-overeenkomst, etc.

Artikel 3.11.2a beperkt zich immers tot de botsende rechten met betrekking tot levering (waaronder blijkens de toelichting wordt verstaan eigendomsoverdracht c.q. vestiging van een zake-lijk recht). Het artikel zou derhalve ruimer moeten worden gere- digeerd en iedere botsing van persoonlijke rechten terzake van een prestatie welke maar éénmaal kan worden nagekomen dienen te omvatten.

De toelichting bevat weliswaar vier regels welke wijzen op een mogelijke analoge toepassing van het artikel doch dat is mijns inziens geen fraai stukje wetgeving. Enerzijds een beperkt gefor- muleerd artikel en anderzijds een toelichting bij dat artikel dat de

toepassing "soms" uitbreidt. Bovendien valt niet in te zien waarom er voor bijvoorbeeld de dubbele verkoop van een huis wél, en voor de dubbele verhuur van een huis géén uitdrukkelijke regeling zou zijn.

Een veel grotere tekortkoming van het artikel is echter dat het artikel ook in de door mij voorgestelde uitdrukkelijke in plaats van analoge uitbreiding weinig voorkomende gevallen regelt. Immers in het algemeen bemerkt de oudste gerechtigde (zoals in het hierboven omschreven door de President te Den Haag berechte geval van Johan) eerst dat zijn rechten gefrustreerd zijn door of na het nakomen van de (dubbele) debiteur jegens de jongste gerechtigde.

Tot nu toe is het vaste jurisprudentie dat, indien de tweede crediteur geen wetenschap met betrekking tot de frustratie van de rechten van de eerste crediteur heeft, hem geen verwijt kan worden gemaakt en mitsdien de oudere crediteur geen nakoming meer kan verkrijgen (aannemende dat de tweede crediteur niet bereid is om tegen een forse, doch niet alle proporties te buiten gaande, betaling door de debiteur zijn recht op nakoming op te geven).

Het is natuurlijk juist dat in zo'n geval veelal beide crediteuren geen verwijt valt te maken op het ogenblik van het contracteren. Daaraan zij echter toegevoegd dat voor de eerste crediteur het onmogelijk is om wetenschap te hebben met betrekking tot het (in de toekomst liggende) dubbele contracteren. Op het moment dat de tweede crediteur contracteert is het eerste contracteren echter een feit. Weliswaar weet de tweede crediteur niet van het eerste contracteren doch het is niet meer theoretisch onmogelijk dat hij die wetenschap zou hebben kunnen verkrijgen. In praktijk zijn er natuurlijk een scala van mogelijkheden welke zullen gaan van feitelijke onmogelijkheid om die wetenschap te verwerven tot de mogelijkheid die te verwerven met een simpele vraag.

Uitgaande van het gegeven dat het veelal als maatschappelijk aanvaardbaarder wordt aangevoeld dat de eerste crediteur voor- gaat, kan men zich afvragen of de latere crediteur niet het risico behoort te dragen dat zijn debiteur contracteerde omtrent iets met

betrekking waartoe deze reeds gecontracteerd had en mitsdien moet wijken voor de eerste crediteur wederom natuurlijk - vide Art. 3.11.2a - tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. Ook in die zin zou het derhalve wellicht overweging verdienen om 3.11.2a aan te vullen.

Tenslotte kan men nog de vraag stellen of al niet naar huidig recht in bepaalde situaties de tweede aanvankelijk onwetende crediteur onrechtmatig handelt jegens de eerste crediteur indien hij, nadat hij de wetenschap omtrent het dubbele contracteren heeft verkregen, staat op voortzetting van de nakoming van de overeenkomst en niet bereid is genoegen te nemen met schadevergoeding. Met name indien, zoals hierboven al gesteld, zou moeten worden aangenomen dat maatschappelijk aanvaard is de regel dat hij die als eerste contracteert voorrang verdient boven de latere contractant (en blijkt aanvaarding van die regel niet uit de vele honderden die bereid waren een nacht buiten door te brengen teneinde er zeker van te zijn dat zij enkele dagen later aan de elfstedentocht deel mochten nemen) lijkt het een kleine stap om tot aanname van bedoelde onrechtmatigheid te komen.

Noot

- 1) Kort geding geëindigd door royement nadat partijen overeenstemming hadden bereikt.