

BW - NBW: TWEE SPOREN, EEN WEG

BW-krant jaarboek nr. 1

redactie:

Mr P.C. Knol

Mr W.A.K. Rank

Mr F.J. de Vries

Leiden 1985

BW-KRANT
RAPENBURG 38
2311 EX LEIDEN

ISBN 90 6385 075 1

©1985, mr W. Sniijders, mr J. Spier, mr dr P. Vlas, mr W.A. Hoyng, mr F.J. de Vries, mr P.C. Knol, mr W.A.K. Rank, mr J.M. Hoekstra, A.G. Castermans en R. Notermans.

Behoudens uitzondering 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 veeveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of anderszins.

VOORWOORD

De BW-krant is niet meer. Na ruim 13 jaargangen lang in stencil-vorm te zijn verschenen bleek de formule van de BW-krant in de loop der jaren aan waarde te hebben ingeboet. Na het vertrek van oprichter/redacteur Hondius bleken de daarna optredende redacties niet in staat om de hoge frequentie van verschijning vol te houden. Daarnaast waren buiten de redactie slechts weinigen bereid hun geschriften in de BW-krant te publiceren. Daarom: de BW-krant is niet meer. Wellicht zal nog een enkel nummer van het illustere blad verschijnen, maar enige frequentie streven wij niet meer na.

Maar ook: de BW-krant is meer. Om een groter publiek te bereiken en om de pennevruchten in een wat duurzamer jasje te gieten hebben wij gekozen voor een andere verschijningsvorm. Met een knipoog naar onze Staatkundige en Fiscale broertjes kwamen we terecht bij de uitgave van een jaarlijkse bundeling van artikelen in boekvorm. Daarbij stond voor ons vast dat de belangrijkste verworvenheden van de BW-krant niet verloren mochten gaan: prijs en publiek. Vandaar dat de uitgave die nu voor u ligt wordt aangeboden voor een alleszins concurrerende prijs. Vandaar ook dat wij u (naar wij hopen) een aantrekkelijk ogend boekje bieden met bijdragen van verschillende auteurs. Alle auteurs hebben gemeen dat zij banden hebben met de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Zo konden we het Leidse karakter van de BW-krant behouden.

In de meeste bijdragen aan deze bundel staat het Nieuw BW centraal. Nu het streven er nog steeds op gericht is de invoering van het Nieuw BW binnen enkele jaren te realiseren, kan men van een bundel privaatrechtelijke artikelen ook moeilijk anders verwachten. Het (uit de BW-krant bekende) interview met Mr A.S. Hartkamp vond ook in dit kader plaats. Als bijna geen ander is Hartkamp immers in de ogen van velen een personificatie van het Nieuw BW. Wat de artikelen betreft heeft de redactie de individuele auteurs de vrijheid gelaten hun bijdragen die vorm en inhoud te geven die zij zelf wensten.

We spreken de hoop uit dat het niet bij dit ene boekje zal blijven. Bij een voldoende belangstelling zullen we dan ook zeker proberen ieder jaar opnieuw een "BW-krant-jaarboek" te laten verschijnen.

De technische verzorging van deze uitgave was in handen van de afdeling tekstverwerking van de Juridische Faculteit en de afdeling reproductie van de Rijksuniversiteit te Leiden.

De redactie.

INHOUD

| | |
|--|-----|
| Voorwoord | III |
| Auteurs | VI |
| Interview mr A.S. Hartkamp | 1 |
| Betaling per giro mr W. Sniijders | 29 |
| Privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen met de overheid naar komend recht mr J. Spier | 35 |
| Het internationale geldingsbereik van afdeling 6.5.2A Nieuw BW inzake algemene voorwaarden mr dr P. Vlas | 65 |
| Botsende persoonlijke rechten mr W.A. Hoyng | 83 |
| Reflecties over het wetsontwerp algemene voorwaarden mr F.J. de Vries | 89 |
| De tekortkoming in het NBW mr P.C. Knol | 105 |
| Imputatieperikelen mr W.A.K. Rank | 117 |
| Smit/Huizenhandel naar komend recht mevr. mr J.M. Hoekstra | 129 |
| Naar een economische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling A.G. Castermans R. Notermans | 141 |

DE AUTEURS

Mr W. Snijders

Raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden en rege-
ringscommissaris voor de boeken 3, 5 en 6 NBW

Mr J. Spier

Bedrijfsjurist bij Unilever NV

Mr dr P. Vlas

Bedrijfsjurist aan de Corporate Legal Department van
Philips International BV te Eindhoven

Mr W.A. Hoyng

Advocaat te 's-Gravenhage

Mr F.J. de Vries

Wetenschappelijk medewerker RU Leiden

Mr P.C. Knol

Wetenschappelijk medewerker RU Leiden

Mr W.A.K. Rank

Wetenschappelijk medewerker RU Leiden

Mevr. mr J.M. Hoekstra

Wetenschappelijk medewerkster RU Leiden

A.G. Castermans

R. Notermans

Beiden ten tijde van het schrijven van het in in deze
bundel opgenomen artikel student-assistent RU Leiden

INTERVIEW MR A.S. HARTKAMP

"Ik vind ook dat een wetsartikel het in gedachtenrijkdom vaak wint van een zin die je zomaar opschrijft".

Personalia: Arthur Severijn Hartkamp

geboren op 10 januari 1945 te Amsterdam

1962 - 1968: rechtenstudie Universiteit van Amsterdam

1968 - 1974: wetenschappelijk medewerker Romeins recht aan diezelfde Universiteit.

* Promotie bij Prof. mr J.A. Ankum op 'Der Zwang im römischen Privatrecht'

1974 - nu : raadadviseur, aanvankelijk medewerker stafafdeling Wetgeving NBW Ministerie van Justitie

1977 - 1983: docent keuzevak NBW Rijksuniversiteit te Leiden

1982 - nu : raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Amsterdam.

Najaar 1984. Een interview ten huize van BW-krantredacteur mr F.J. de Vries met mr A.S. Hartkamp, raadadviseur voor het NBW en een van de peetvaders van de komende kode.

Mr Hartkamp blijkt een forse veertiger van het atletische type: stevige handen, hoog voorhoofd en diepliggende bruine ogen die nu eens dreigend heen en weer flitsen dan weer vrolijk twinkelen. Een fervent pijproker die in het bijna drie uur durende vraaggesprek een enthousiast en erudiet verteller over de meest uiteenlopende onderwerpen zal blijken te zijn.

Studie

Allereerst de klassieke vraag: waarom bent u destijds rechten gaan studeren en waarom in Amsterdam?

Ik verschil daarin niet van vele andere juristen. Ik wilde iets heel anders, oude talen of geschiedenis. Mijn vader is advocaat en een praktisch man. Hij zei dat ik maar een vak moest doen waar je later wat mee zou kunnen bereiken in het leven. Nu zodoende. Hij is overigens niet zo kinderachtig gebleven want toen ik terstond

na het begin van mijn studie het Romeinse recht leuk begon te vinden heeft hij het verder maar zo gelaten. Ik heb Amsterdam gekozen, omdat ik in Amsterdam woonde en ik daar op school geweest was. Bovendien hadden mijn ouders allebei in Amsterdam gestudeerd en al mijn vrienden gingen er studeren. Er is nooit sprake geweest van een andere stad.

Zijn er tijdens uw studie hoogleraren geweest waarvan u zegt: "die hebben mij nu bijzonder beïnvloed."

In de eerste plaats denk ik aan Ankum, de hoogleraar Romeins recht, bij wie ik later medewerker ben geworden. Hij heeft mij eigenlijk vanaf het eerste begin geboeid. Ik heb hem, geloof ik, in mijn eerste jaar gehad en in elk geval in mijn tweede jaar. Dat vond ik een bijzonder heldere en knappe man. Wat betreft de civilisten is er eigenlijk geloof ik niet iemand van wie ik zou zeggen: daar voel ik me geweldig door beïnvloed.

Ik heb van verschillende hoogleraren heel interessant college gehad en ook wel van allemaal iets verschillends geleerd: Köster, G.J. Scholten, Pitlo, ze waren allemaal heel anders. Maar het was niet een bepaalde denkwereld die op me over is gekomen, waardoor ik me beïnvloed voelde. Die ervaring had ik eigenlijk meer met sommige juristen van wie ik later geschriften heb gelezen, of toen al las. In Pitlo heb ik - behalve zijn werkkraft als auteur - veeleer een heel ander aspect gewaardeerd en dat was zijn enorme liefde voor kunstgeschiedenis. Na mijn studententijd ben ik nog regelmatig bij hem thuis geweest. Dat was altijd een heel aangename omgeving om te converseren. Mijn vrouw is kunsthistorica en hij was altijd ontzettend trots en blij als hij haar een wonderbaarlijk mooi boek met prachtige afbeeldingen kon laten zien. Dat vond hij echt heerlijk.

Dit aspect van Pitlo heeft wel degelijk invloed op mij uitgeoefend en misschien wel een veel belangrijker invloed dan die je op het zuivere juridische gebied zou kunnen ondergaan. Ook voor mensen die niet uit een a-culturele achtergrond kwamen. Ik kom zelf niet uit een a-culturele achtergrond, want mijn vader had waanzinnig veel boeken. Het was heerlijk om zulke mensen te ontmoeten in je studententijd. Pitlo heeft drie jaar in Italië gewoond en moedigde belangstelling voor cultuur en het mediterrane gebied altijd geweldig aan, ook bij zijn studenten. Dat gold ook voor het Romeinse

recht. Hij heeft het altijd verschrikkelijk gevonden dat ik uit het Romeinse recht ben weggegaan, nog helemaal los van het NBW, waar hij zoals je weet weinig in ziet. Dat je de rechtsgeschiedenis opgeeft, dat vond hij maar een treurig iets. In tegenstelling tot Köster, die nooit iets anders gedaan heeft aan mij aansporen om toch vooral het Romeinse recht op te geven. En ik moet zeggen dat, hoewel Köster misschien op praktische en maatschappelijke gronden gelijk had, zo'n houding van Pitlo op dit gebied mij wel heel sympathiek is.

U zou er ook geen voorstander van zijn om het Romeinse recht af te schaffen in het curriculum van de universiteit?

Nee, waar ik wel altijd tegen ben geweest, ook als medewerker al, was om in het eerste jaar een student zowel een inleiding te geven in het huidige BW als in het Romeinse burgerlijk recht. Dat kan volgens mij alleen maar tot grote verwarring leiden. Maar ik ben altijd voor onderwijs in het Romeinse recht geweest. Ik heb inder-tijd zelf bepleit om het Romeinse recht te geven in aansluiting op de hoofdvakken. Dan zou iemand die burgerlijk recht als hoofdvak deed daar interessant college Romeins verbintenissenrecht bij krijgen en een notariële student iets over aasdoms- en schependomsrecht of voor mijn part iets over het Romeinse erfrecht. Op die manier Romeins recht geven heb ik altijd zeer warm bepleit. Het is zo'n fabelachtig rijk gebied. Eén van mijn stellingen bij mijn proefschrift was dan ook dat de Digestenexegese koste wat het kost behouden moest blijven. Aangezien de studenten nu geen Latijn meer kennen, ben ik bang, dat het er niet meer van komt.

We komen nog even terug op professor Pitlo. U heeft enkele jaren meegedaan aan zijn "werkgroep", die hij aan huis gaf. Kunt U daar iets over vertellen?

De werkgroep Pitlo heb ik een heel interessante groep gevonden. Pitlo was ook als paedagoog een hele bijzondere man. In die werkgroep Pitlo zijn veel goede voordrachten gehouden, dat kan ik mij goed herinneren. Zelf heb ik over Von Gierke gesproken en zijn "Soziale Aufgabe des Privatrechts". Pitlo is ermee opgehouden toen hij dacht dat de mensen minder tijd zouden krijgen voor dit, wat hij noemde studeren in weelde. Maar ik geloof dat het nog wel is doorgegaan nadat ik er uit ben gegaan. Want iedereen werd geacht

er maar een jaar of twee in te blijven zitten. Het was een groep van een man of tien en na twee jaar ging je er dan weer eens uit.

Dus niet zo als de studiekring Offerhaus of het Bloembergenschap, waar u ook lid van bent?

Nee. Dat is iets dat altijd doorgaat, waar twee keer per jaar een bijeenkomst van is en waar je dan om de zoveel tijd een lezing voor houdt. Daar is echter niet zo'n dominerende persoon, die de zaak bijeenhoudt en stimuleert. Daarom was de verhouding van Pitlo ten opzichte van zijn studenten ook heel bijzonder.

Wat voor een student was u? Was u een student die alleen maar het verplichte programma deed? Of zat u daar buiten ook nog voortdurend met de neus in de boeken?

Ik las wel veel, maar niet alleen juridische werken. In het tweede jaar liep ik bijvoorbeeld colleges bij Francescato, een Italiaanse professor die prachtig college over Dante gaf. En wat het juridische betreft ben ik nooit een "completomaan" geweest die de "complete" X of Y wilde lezen. Maar ik las best eens iets. Iets van de grote geesten van het "verleden". Ik had van Meijers natuurlijk toch vrij wat gelezen. Van Oven die ik geweldig bewonderde, las ik toen ook. Allebei schrijvers die de rechtsgeschiedenis en het huidige recht combineerden. En ook voor mijn doctoraal moet ik inderdaad wel zeggen dat ik mij niet hield aan het opgegeven studiepakket. Nee, daar ging ik wel buiten. Maar ik had niet, zoals Schoordijk altijd zegt, voor mijn 22ste al de "complete Eggens" gelezen.

Wetenschap

U bent na uw studie meteen medewerker geworden. Was dat een onderwijsplaats of een zuivere promotieplaats?

Een gewone onderwijsplaats. Maar de hoogleraar in de vakgroep, Ankum, die zelf twee jaar in Parijs gezeten had, stimuleerde zijn medewerkers tot het doorbrengen van een periode in het buitenland om daar aan een proefschrift te werken.

Het onderwijs werd dan overgenomen door collega's. In die tijd gaven we geloof ik een uur of zes werkgroep en college in de week, dat is niet zo geweldig veel, maar daarnaast had je natuurlijk de vergaderingen. Niet al te lange tijd na het doctoraal mocht

je als je dat wilde en er aan toe was een jaar weg. Er waren wel mensen die het een beetje eng vonden. Er is ook ooit iemand geweest die toen maar een jaar op het NIAS is gaan zitten, maar dat werd niet erg gewaardeerd. Nee, je moest echt naar de grote koppen in het buitenland. Kaser in Hamburg of in Münster, en Kunkel in München, of naar steden als Rome of Parijs. Daar moest je dan Seminare volgen van de hoogleraren en de rest van de tijd werken aan je proefschrift.

Waarom bent u gepromoveerd? Is het in het algemeen zinvol een proefschrift te schrijven? Acht u het een levenswerk of meer een proeve van bekwaamheid?

Ik vond het in de eerste plaats heel leuk om te doen, maar dat was natuurlijk wel door de bijzondere omstandigheden. Ik heb namelijk eerst vier maanden in München gezeten, toen negen maanden in Rome. Zo vrijgesteld te zijn om te werken aan een onderwerp dat je leuk vindt, dat is natuurlijk heel prettig. Wat het nut betreft, denk ik wel dat het heel nuttig is voor je eigen ontwikkeling. Het is goed om eens een keer iets waar je geweldig tegen op ziet, zo'n enorme hoeveelheid stof op een fatsoenlijke manier te ordenen en daarin nog wat nieuws te bedenken ook. En om met een heleboel grote geesten uit het vak kennis te maken, hetzij in geschrijfte of later op congressen. Als je dan opeens al de noten van je dissertatie ziet lopen, dan is dat allemaal heel erg boeiend. In zoverre is het zeker nuttig, maar of het ook maatschappelijke nuttig is, hangt er natuurlijk een beetje vanaf van wat je gaat doen. Ik denk niet dat het bijvoorbeeld erg nuttig is voor een carrière in de rechterlijke macht. Er wordt daar geloof ik niet zo vreselijk gekeken naar wat een proefschrift voor de wetenschap betekent. Het grootste nut ligt toch in het persoonlijke vlak. Dat je dat heb gedurfd en ook hebt gekund en dat het is gelukt. Dat zijn leuke dingen. En schrijven is heerlijk, als je er van houdt. Bovendien is mijn proefschrift het meest wetenschappelijke boek, dat ik heb geschreven, maar dat lag ook aan het vak. Romeins recht is natuurlijk een buitengewoon wetenschappelijk vak.

Daarom veronderstelt u bij de lezer ook kennis van het Italiaans, Latijn en Grieks?

Dat klopt. Als je bij Ankum een scriptie wilde schrijven dan zei hij altijd in navolging van Hoetink en Van Oven: "Meneer komt u over twee maanden maar terug. Als u in de tussentijd Italiaans geleerd heeft, dan kunnen we over een scriptie-onderwerp nadenken". Dat hoefde in mijn geval dus niet, want ik had het Italiaans al geleerd, nog ver voordat ik überhaupt aan Romeins recht dacht, omdat ik het zo'n mooie taal vond. Ik zag het als een moderne versie van het Latijn. Daarom wilde ik het meteen aan het begin van mijn studie gaan leren.

U heeft een voorliefde voor het internationale aspect van de rechtswetenschap?

Ik heb wel altijd geloof ik gestreefd naar die onderdelen van de rechtswetenschap die internationaal waren. Met name de rechtshistorie. Later, toen ik het Burgerlijk Recht ben gaan beoefenen, heb ik eigenlijk ook vanaf het begin een belangstelling gehad voor de rechtsvergelijkende kant van het werk. Ook nu zit ik heel regelmatig in het buitenland te vergaderen over verdragen en dat vind ik leuk. Ik vind dat je bij burgerlijk recht eigenlijk nooit een tekst op papier moet zetten of het nou wetgeving is, een boek schrijven of wat dan ook, voordat je nog even gekeken hebt hoe het nou bijvoorbeeld in Frankrijk of Duitsland gaat. Het is altijd verrijkend om dat te doen.

Maar is de rechtsvergelijking bij de totstandkoming van het nieuwe BW niet ter ver doorgevoerd. Siam, Guatemala, Ethiopië, alles wordt erbij gehaald?

(Lachend) Ja, ja "Anders China 444". Er is een mooi verhaal op Justitie over de bibliothecaris, die, toen hij het Burgerlijk Wetboek van Brazilië, geloof ik, moest bestellen zei: "Mijne heren, dat gaat lang duren". Dat was nog in de tijd van het Driemanschap. Hij had wel gelijk.

Ik geloof dat je niet voor ieder wetsontwerp dat je maakt noodzakelijkerwijs naar alle wetten in de hele wereld moet gaan kijken. Behalve natuurlijk als je een wetsontwerp op een bepaald gebied maakt waarover in Brazilië net een nieuwe wet is gemaakt. Maar dan is het gericht zoeken. Neem nu bijvoorbeeld de algemene voorwaarden. Dan moet je kijken hoe ze het hebben gedaan in Oostenrijk, waar net een nieuwe wet in werking is getreden of in

Duitsland, waar dat iets langer geleden is gebeurd of in Scandinavië. Oostenrijk is niet iets wat je normaal nakijkt, maar als er net het vorige jaar een wet is aangenomen over deze onderwerpen dan moet je het wel doen, en dan moet je ook vooral kijken naar wat ze dan net weer anders hebben gedaan dan in Duitsland of in Italië, en dat soort vergelijkbare situaties.

Dat is niet alles, want de echte rechtsvergelijkers zeggen heel terecht, dat je ook moet kijken waaróm ze het anders hebben gedaan en of die andere opzet ook voor jouw eigen systeem geldt. Ik vind dus niet, om de vraag te beantwoorden, dat het bij het Nieuw BW te ver gaat, althans zeker op dit moment niet. Misschien is het in de tijd van het driemanschap een beetje de pan uit gerezen, maar toen waren er ook speciale mensen voor aangesteld, die dat voor de heren moesten doen. Dat bestaat op het ogenblik niet meer.

U heeft u nogal intensief bezig gehouden met het Weens koopverdrag. De positie van Nederland ten opzichte van dat verdrag is nogal moeilijk, omdat de LUVI in Nederland is ontworpen en vastgesteld. Moet Nederland het verdrag ratificeren?

We hebben natuurlijk de boot gemist wat betreft het betrokken zijn bij dat nieuwe verdrag. Op Justitie is het niet op prijs gesteld dat men terstond, nadat wij de LUVI tot stand hebben helpen brengen, in de UNCITRAL is begonnen aan een nieuw verdrag. We hebben daarom niet meegedaan in die jaren met het opzetten van het verdrag, maar we zijn wel bij de conferentie in Wenen geweest in 1980. Ik heb me steeds op het standpunt gesteld dat we moeten ratificeren. Niet als eerste, vanwege onze betrokkenheid bij de LUVI, maar wel als de LUVI-partners, met name Duitsland, overstappen op het nieuwe systeem. Er zijn tekenen, dat andere landen in de naaste toekomst zullen ratificeren. Frankrijk en Lesotho hebben al geratificeerd. Amerika is bezig en een aantal Scandinavische landen hebben ook al vrij ver gevorderde stappen ondernomen; Oostenrijk zelf natuurlijk ook en Duitsland schijnt al een eind op weg te zijn. Dan zullen wij ook zeker moeten volgen en dat vind ik ook inhoudelijk geen slechte zaak.

Stafafdeling NBW

We zijn eigenlijk al een beetje aangeland bij het volgende onderwerp: het Nieuw BW. Hoe bent u daar terecht gekomen?

Na mijn promotie, in 1971 of zo iets, ben ik naar Scholten en Köster gestapt en tegen hen heb ik gezegd: "Ik ben nu in Romeins recht gepromoveerd, een prachtig vak en ik wil er best in blijven werken, maar ik wil ook iets aan burgerlijk recht doen". Scholten zei toen, dat ik naar Scheltema moest gaan, het hoofd van de Stafafdeling Nieuw BW en tevens secretaris van de Staatscommissie Burgerlijk Recht en aan hem moest vragen of er een adjunct-secretariaat in die Staatscommissie vrij was. Toen ik daar kwam, was dat adjunct-secretariaat niet vrij. Wel iets in de Benelux-studiecommissie en daar ben ik toen voor gevraagd. Maar bovendien vroeg Scheltema mij of ik bij het Nieuw BW wilde komen werken. Ik was zo verbaasd, dat daar niet onmiddellijk ja op heb kunnen zeggen, ook omdat een boek, dat ik samen met Ankum aan het schrijven was, af moest. Een jaar later belde Scheltema op om te vragen of ik nu inmiddels wel ja kon zeggen en dat heb ik toen gedaan.

Het was een moeilijke beslissing, want ik vond het Romeinse recht mooi. Toch trok het Nieuw BW mij erg aan: de mooiste civielrechtelijke baan, die ik mij kon voorstellen.

Weet u eigenlijk wel iets van het huidige burgerlijk recht?

Die vraag wordt mij wel vaker gesteld. Ik zeg dan altijd dat ik mij nooit met het huidige recht heb bezig gehouden, dat ik vroeger de geschiedenis beoefend heb en vervolgens het toekomstige recht, en dat ik van het huidige recht niks weet. Of het inmiddels nog helemaal juist is weet ik niet.

Hoe is de werkwijze op de stafafdeling?

Toen ik er in 1974 kwam, was het een hele kleine afdeling. Alles stond dat jaar eigenlijk in het teken van het afmaken van de memorie van antwoord van boek 6.

Snijders was toen vrijgesteld in de Hoge Raad en zat full time te werken aan het Nieuw BW. Ik werd toegevoegd aan Snijders als zijn assistent en ik heb ook de eerste drie jaar, dat wil dus zeggen de periode van de memorie van antwoord boek 6 en de verdere

afhandeling van boek 3, 5, 6 in de Tweede Kamer met de nota's van wijziging, eigenlijk niets anders gedaan dan Snijders bijge staan. Alles wat hij schreef, dat las ik en becommentariëerde ik en ik zocht dingen uit waarvan hij vond dat ik die uit moest zoeken. In het laatste jaar van die drie jaar heb ik het Compendium geschreven om de zaak nog eens helemaal grondig in me op te nemen, te doorgronden. Dat heb ik in de weekendjes gedaan. Maar afgezien daarvan heb ik overdag niets anders gedaan dan voor Snijders werken.

De anderen die op de afdeling werkten, De Die, die was toen al hoofd, Neleman en Herrmann, die kort daarna wegging, deden in feite ook niet veel anders dan zich concentreren op de boeken 3 en vooral 6. Later toen de zaak door de Tweede Kamer was ben ik meer zelf onderwerpen gaan behandelen. Zoals de koop en andere onderwerpen in boek 7, het beschermingsbewind en later de algemene voorwaarden. Het werkpatroon is eigenlijk altijd hetzelfde. Er zijn 3 à 4 mensen op die afdeling en ieder krijgt een bepaald onderwerp. Je begint helemaal zelfstandig uit te zoeken wat er over geschreven is. Je schrijft nota's hoe het zou moeten, en je maakt een concept-wetsontwerp, met een toelichting, en dat stuur je rond op de afdeling. Mondeling wordt er eigenlijk heel weinig gedaan. Je stuurt een nota rond en je krijgt commentaar, ook al weer schriftelijk, per nota terug.

Als iemand zegt dat een bepaald artikel anders moet, dan moet hij er ook de tekst bij leveren. Want anders wordt er niet echt goed naar hem geluisterd. Mondelinge besprekingen zijn er betrekkelijk weinig.

Alleen in een voorstadium, als je ergens over aan het peinzen bent, kun je natuurlijk binnenstappen bij iemand. En dan overleg je, maar het resultaat van het denkproces wordt dan altijd rondgestuurd. Dat is de werkwijze.

Is er veel overleg met belangengroeperingen, zoals de Vereniging voor Rechtspraak, de Koninklijke Notariële Broederschap enzovoort?

Zoals ik al zei, heb ik het vak van Snijders geleerd. In de anderhalf jaar voordat de memorie van antwoord boek 6 af was heb ik meegemaakt dat Snijders voor iedere afdeling van boek 6 een commissie hoorde van de Vereniging voor Rechtspraak, van de

Orde van Advocaten, van het Genootschap van bedrijfsjuristen, en van de Broederschap van Notarissen, en zo hoorde hij over ieder onderwerp altijd de betreffende belangengroepen en als het specifieke problemen waren dan vaak ook specialisten van een groep. Ik moest daar verslag van maken. Bij een wetsontwerp is het bijna altijd nodig dat je de desbetreffende kring van weet ik wat, bedrijfsjuristen of hypotheekbanken, of wat dan ook hoort. In zoverre is er altijd overleg met belanghebbenden, maar natuurlijk niet zo dat je welke week om de tafel zit. Dat hangt van de onderwerpen af.

Toch hebben al die belangengroeperingen nu nog steeds bezwaren. Komt dat omdat ze zich misschien in het eind van de jaren '70 niet voldoende verdiept hebben in de materie of te theoretisch hebben gedacht en zich nu pas de praktische consequenties realiseren?

Als je een belangengroep hoort, dat klinkt heel wijs, maar je hoort natuurlijk maar drie mensen die afgevaardigd worden door die belangengroep. Dat zijn drie mensen met drie meningen die ze helemaal niet noodzakelijkerwijze en vaak uiteraard niet hebben kunnen afchecken bij de achterban, want er worden geen algemene vergaderingen gehouden over deze onderwerpen. Die mensen vertellen wat zij er van vinden. En vijf jaar later, want het is een langlopend project, kunnen de mensen die het dan moeten beoordelen, weer anderen zijn en er anders over denken. Dat is een reden waarom een belangengroep nooit per definitie tevreden is met het resultaat als een paar mensen uit zijn kring daarover hebben gepraat. Een andere reden zou kunnen zijn, dat de wetgevingsman het dan toch net anders doet dan de bedrijfsjuristen of de rechters of de advocaten aanbevelen. Maar dat heb ik eigenlijk in al die jaren dat ik aan het overleg heb deelgenomen, met name de tijd met Snijders, nooit gemerkt. Het was natuurlijk wel vaak zo dat Snijders er anders over dacht dan die belangengroep maar dan werd er in een gesprek toch een soort consensus bereikt en die werd dan toegepast in het wetsontwerp. Het is eigenlijk zelden voorgekomen, voor zover ik me kan herinneren, dat we echt ingingen tegen bepaalde wensen van belangengroepen. Zeker niet bewust of gewild om die mensen tegen te zitten. Maar het is zo'n groot project en er werken zoveel mensen aan. Iedereen weet dat je over het NBW zoveel verschillende meningen kunt hebben, dat je

natuurlijk nooit kunt verwachten dat iedereen het met een bepaalde tekst eens is.

Hebben schrijvers nog invloed op het Nieuw BW?

Ik vind het wel. Ik heb voor een congres dat dit jaar in Gent is gehouden, over de invloed van de doctrine op de wetgeving, op verzoek van J.M. Polak een korte beschouwing gewijd aan de invloed van de doctrine op het NBW. Ik heb daarin een flink aantal voorbeelden genoemd waarbij die invloed duidelijk blijkt. Ook zijn er veel voorbeelden waar die invloed niet uit de parlementaire geschiedenis blijkt, maar wel degelijk aanwezig is geweest. Op het ogenblik wordt er heel veel geschreven over het NBW en Sniijders heeft eens gezegd in de Kamer dat tot het laatste stadium verbeteringen moeten kunnen worden aangebracht. Alleen het bezwaar is aan de andere kant wel dat je ooit een stadium moet bereiken dat de zaak vastligt. Dus je kunt niet eindeloos doorgaan met het steeds maar corrigeren. Maar zolang het kan, dat is dus zeker zolang de Invoeringswet in de Tweede Kamer aanhangig is, zullen die wijzigingen zo nodig worden aangebracht.

Maar de ene wijziging lokt natuurlijk de andere uit. Nu veel bepalingen uit boek 2 weer gewijzigd gaan worden, dient wellicht ook in titel 5.10 de regeling van de vereniging van appartementseigenaren weer te worden aangepast.

Dat is het nadeel van wijzigingen. Bovendien zitten nu zowel de kamer als het departement eigenlijk onder de tijdsdruk en het gevaar bestaat, dat je dan niet voldoende meer kunt herkauwen en voortdurend kunt controleren of je alle implicaties wel gezien hebt. Wetgeving is een kwestie van lange adem, van het weggelaten van een stuk om het twee maanden later nog eens te bekijken om te zien of je nu echt niets over het hoofd gezien hebt. We hebben dat ook gemerkt bij die afslankingsoperatie van 1983. Daar zijn fouten ingeslopen omdat het gewoon heel erg snel moest. In een paar maanden moest het allemaal gebeuren, dat is gevaarlijk.

Hoe is de verhouding met Sniijders in de loop van de jaren gegroeid?

Mijn verhouding met Sniijders is heel goed. Dat is erg prettig want

er zijn ook wel eens mensen die niet zo goed met hem overweg kunnen. Nou ja, hij is natuurlijk een vrij gesloten man, een man ook die zich niet de kaas van het brood laat eten. Ik heb het van het begin af aan eigenlijk heel goed met hem kunnen vinden. Ik weet niet precies waar dat aan ligt maar het is misschien voor een deel een kwestie van dezelfde belangstelling. Eén keer heb ik het heel frappant meegemaakt. Ik hield van Italië en Italiaanse literatuur. Hetzelfde geldt voor hem, maar dat wist ik aanvankelijk niet. Dat merkte ik op een heel toevallige manier. Ik had een dichter ontdekt, een 13de eeuwse Siense dichter, Cecco Angiolieri, en die wilde ik gaan vertalen, want ik vertaalde vroeger af en toe wel eens mooie Italiaanse gedichten, meestal sonnetten. Maar ik kon zijn sonnetten nergens vinden en dus bestelde ik ze. Toen het boekje uit Italië gekomen was kocht ik het en liep ik blij naar Justitie. Daar liep ik Snijders toevallig tegen het lijf. Ik liet hem het boekje zien en ik vroeg: ken je Cecco? Toen haalde hij uit zijn tas een boekje van Dolf Verspoor en Willem van Elden, Vertalingen van Cecco en Meo dei Tolomei, dat niet lang daarvoor verschenen was. Hij zei: "dat heb ik altijd zo graag eens willen lezen". Nou dat is in ieder geval een reden waarom het contact altijd zo goed is geweest. Maar ook inhoudelijk hebben we vaak min of meer dezelfde laat ik zeggen rechtspolitieke ideeën over wetgeving. Dat is met name altijd heel plezierig geweest met de meer omstreden onderwerpen, zoals algemene voorwaarden, consumentenkoop en andere onderwerpen van consumentenrecht. Daar hebben we het altijd heel goed over kunnen vinden. Dat wil niet zeggen dat hij persoonlijk een vreselijk gemakkelijke en toegankelijke man is, ook niet voor mij, maar in het zakelijke vlak en dus soms iets daarbuiten liep het altijd goed. Als hij naar Italië ging, vroeg ik of hij een bepaald boek voor mij wilde kopen en andersom.

Is er zoiets als een rechtspolitieke opvatting binnen de stafafdeling?

Nee ik denk niet dat je kunt zeggen dat er "een" rechtspolitieke opvatting over burgerlijk recht op deze afdeling bestaat. De afdeling is overigens groter dan de mensen die ik nu genoemd heb. De Die is het hoofd, een uiterst bekwaam wetgevingsjurist, Neleman zat er tot twee à drie jaar geleden, en tot voor kort Hamaker en Meijer, allemaal mensen met een volkomen verschillende

politieke opvatting. Ik weet zeker dat ze bijvoorbeeld niet allemaal op dezelfde partij stemden. Ik denk dat het zelfs heel wat verschillende partijen waren. Maar als je zolang beroepsmatig met het burgerlijk recht bezig bent, dan zie je, geloof ik, waar de onevenwichtigheden liggen. Dat zie je niet alleen als je de dogmatiek beoefent maar ook als je een beetje in de praktijk rondkijkt. Dan zie je waar correcties nodig zijn. Ik geloof dat het onbetwistbaar is bijvoorbeeld dat de contractsvrijheid in de laatste halve eeuw gemonopoliseerd is door bedrijven, in het bijzonder de grote bedrijven die standaardcondities kunnen maken. Daar is dus een onevenwichtigheid gegroeid, die je in een modern rechtsstelsel moet herstellen. Het is geen kwestie van politieke opvattingen, maar het is meer een kwestie van een streven naar evenwicht, dat de jurist in het algemeen eigen is, of eigen behoort te zijn en zeker wetgeversmensen. Ik wil niet zeggen dat iedereen het met de wijze waarop dat evenwicht in onze opvatting opgelost is, eens zou moeten zijn, maar het is een zoeken naar evenwicht meer dan een politiek drijven in een bepaalde richting. Vandaar ook de rechtvaardiging van de gunstige positie van de consument en de beklemde middenstander tegenover het grotere bedrijfsleven in het Nieuw BW. Zonder te zeggen, dat alle grote bedrijven schurken zijn, maar ze hebben nu eenmaal vaak veel meer macht dan kleine bedrijven en dan moet je daar als wetgever en trouwens als rechter in eerste instantie ook iets aan doen.

Is het niet jammer de consumentenbescherming niet helemaal rond te kunnen krijgen, omdat we moeten wachten op de EEG-richtlijn over de produktenaansprakelijkheid?

Je kunt niet zeggen de regeling van de contractuele consumentenbescherming zoals neergelegd in de titels koop, standaardvoorwaarden, lastgeving, borgtocht en verzekering onaf is omdat de produktenaansprakelijkheid op zich laat wachten. Dat zit in een andere hoek van het privaatrecht, dat hangt meer samen met de risicoaansprakelijkheid voor zaken. Dat stukje is dus inderdaad niet helemaal af. Er is inderdaad ook wel enige connectie met de kooptitel, met name de directe actie tegen de producent, maar dat is niet een noodzakelijke samenhang. Je kunt die twee dingen wel scheiden. Het zou natuurlijk mooier zijn als we alles tegelijk konden, maar dat is een fout die door de codificatoren van het NBW

wel is gemaakt. Door teveel tegelijk te willen, zijn er juist veel vertragingen opgetreden.

Er is wat beroering omtrent het wetsontwerp Algemene Voorwaarden. Wat zijn de verwachtingen en zou het u persoonlijk wat doen als het ontwerp een breekpunt dreigt te worden?

De verwachting is dat er in januari een uitgebreide commissievergadering (UCV) zal worden gehouden met een artikelsgewijze behandeling van het wetsontwerp. Ik denk dat de partijen die tot onze verbazing in september in de UCV dwarstagen, nadat ze in alle schriftelijke stukken hadden verklaard dat de commissie het unaniem eens was met het ontwerp en zelfs uitbreiding hadden bepleit van het toepassingsgebied van de regeling, nu zowel de minister van Justitie als de staatssecretaris van economische zaken zich vierkant achter het wetsontwerp zijn blijven opstellen, in januari wel loyaal mee zullen werken aan de artikelsgewijze behandeling. Ze zullen natuurlijk wel met wat wijzigingsvoorstellen komen, maar ik verwacht niet dat die wat harde opstelling van september ongewijzigd zal blijven. Ik denk dat het wetsontwerp er wel zal komen in de eerste maanden van het nieuwe jaar met waarschijnlijk wat wijzigingen ten opzichte van de huidige tekst. Ik verwacht niet dat het een breekpunt zal worden tussen regering en de Tweede Kamer. In tegendeel, tot voor vrij kort vonden alle partijen in de Tweede Kamer die consumentenwetgeving juist een heel belangrijk pluspunt van het NBW. Maar als je bedoelt te vragen of het pijn doet, als het op een ogenblik mis zou gaan met zo'n wetsontwerp en het dreigt van de baan te raken - zoals indertijd door de commissie Van de Grinten werd geadviseerd - dan zeg ik: ja.

Ik heb niet met alle onderwerpen waar ik me mee bezig houd een emotionele binding. Het is misschien niet eens verstandig als wetgevingsman en als rechter zo'n binding te hebben. Maar je kunt jezelf niet beletten om met wetsontwerpen een nauwe verbondenheid te voelen, met name die waarvan je vindt dat ze noodzakelijk zijn gezien de onevenwichtige toestand die ze beogen te regelen. Als zo'n wetsontwerp aangetast wordt dan gaat het je wel aan het hart. Ik zou het ook heel naar hebben gevonden als indertijd het advies van de commissie Van der Grinten gevolgd was. Ik zou het

dan ook heel akelig vinden als het wetsontwerp Algemene Voorwaarden afgestemd zou worden in de Tweede Kamer.

De auteur

Uw mening over onderwerpen die het Nieuw BW betreffen, wordt vaak van het etiket "authentieke interpretatie" voorzien. Geeft dat een soort machtsgevoel?

Nee dat vind ik buitengewoon hinderlijk. Dat geeft mij een geremd gevoel bij het schrijven van artikelen of boeken. Bovendien is het natuurlijk voor een groot deel niet waar. In de eerste plaats gaat het vaak om vage normen; als ik neerschrijf wat naar mijn gevoel de redelijkheid en billijkheid meebrengen, of hoe bepalingen uitgelegd moeten worden, dan is mijn mening niet meer waard dan die van een willekeurige jurist, die niet aan het NBW gewerkt heeft. En het is natuurlijk ook niet zo dat dat NBW na 1974 gemaakt is. Ik kwam er in 1974 bij en toen stond bijna alles op papier. Dus kan ik ook niet overal bij zeggen wat bedoeld is.

Het is wel zo dat na 1974 op een heleboel punten wijzigingen zijn aangebracht of wijzigingen zijn overwogen. Omdat je je bij zulke bepalingen hebt moeten verdiepen in de beweegredenen en in eventuele andere mogelijkheden, kan het zijn dat je meer achter zo'n bepaling hebt kunnen kijken dan anderen.

Maar authentieke interpretatie is er natuurlijk toch niet vaak bij. Die etikettering is heel vervelend want het is natuurlijk wel waar dat je je bij alles wat je schrijft moet realiseren dat het gezegd zou kunnen worden.

Hebt u daarom wellicht in Asser-Rutten-Hartkamp soms zo uitdrukkelijk geschreven dat u het met bepaalde punten niet eens bent?

Er zijn natuurlijk dingen waar ik het niet mee eens ben. Ik heb zojuist al gezegd dat Snijders een buitengewoon standvastige persoonlijkheid heeft en dat hij zich niet de kaas van het brood laat eten. Natuurlijk zijn er onderwerpen waar ik het niet mee eens ben. Die heb ik ook tegen hem gezegd. Waar ik hem niet heb kunnen overtuigen zijn die blijven staan.

Ik weet nog goed de allereerste nota die ik schreef op justitie, dat was dus in de herfst van 1974. Dat was een nota waarin ik mij verzette tegen de vervanging van de term "goede trouw" in "rede-

lijkheid en billijkheid". Overigens iets waarvan ik vind dat het geen inhoudelijke consequenties heeft, maar gewoon uit historisch en esthetisch besef vond ik dat niet juist. Nou daar was Snijders helemaal niet van overtuigd. Duizend mensen hadden dat al tegen hem gezegd. Dat staat er nu dus in en daar ben ik het niet mee eens. Er zijn ook inhoudelijke kwesties waarvoor hetzelfde geldt. Maar Snijders is Regerings-commissaris en bepaalt dus op Justitie, afgezien van de minister, wat in het wetboek komt te staan.

U bewaakt dus ook zorgvuldig art. 5.10.2.1d, waar de "strijd met de goede trouw" nog is blijven staan?

(Lachend:) Nee, die bepaling zal ook worden aangepast!

Hoe vindt u de tijd om te doen wat u doet?

Het is eigenlijk allemaal hetzelfde werk. Of het nu wetgeving is of boeken schrijven, of arresten concipiëren (wat ik ook op bescheiden schaal doe), het gaat allemaal over Burgerlijk Recht en het ligt allemaal in elkaars verlengde. Van het één leer je weer voor het ander. Dat is waarschijnlijk de hoofdoorzaak dat het allemaal tegelijk kan. En natuurlijk ook bij de gratie van het feit dat ik een clement gezin heb en clemente collega's, die welwillend staan tegenover mijn manie om boeken te willen schrijven. En verder werk ik vrij snel. Het is een combinatie van oorzaken.

We kunnen binnenkort dus Asser-Rutten-Hartkamp II verwachten?

Ja een wonderlijk toeval wil dat ik net een uur geleden, op weg hierheen, het manuscript Asser-Rutten II aan de uitgever heb gestuurd; minus het hoofdstuk Algemene Voorwaarden, dat ik begin volgend jaar hoop af te ronden na de kamerbehandeling. Voor de rest is het boek klaar.

En dan volgt er een Asser-Rutten-Hartkamp III?

Deo volente. Het is me wel gevraagd; dat moet dus nu gaan gebeuren.

Inhoudelijke aspecten NBW

De laatste tijd is de vraag opgekomen of het NBW niet te technisch

is en te weinig fundamenteel doordacht. We denken met name aan de kritiek van B.J.A.W.V.M. Pinckaers (NJB 1984, blz. 268-270) die meent dat de dragende principes niet voldoende naar voren komen. Wat vindt u van dergelijke kritiek?

Het feit dat rechtsbeginselen niet uitgedrukt staan in een wetboek (wat ze overigens voor een deel wel staan, maar misschien minder dan in het vorige wetboek) betekent niet dat ze niet aan dat wetboek ten grondslag liggen. De bepalingen van het wetboek moeten als uitvloeisel van die beginselen worden gezien.

Ik denk niet dat het NBW te weinig op rechtsbeginselen teruggaat.

Is er een departementale actie aan de gang om van sommige begrippen een bepaalde interpretatie ingang te doen vinden? We denken met name aan het begrip tekortkoming, dat in Asser-Rutten-Hartkamp, en ook in de syllabus van de ministeriële PAO-cursus, een andere definitie krijgt dan bijvoorbeeld in het Compendium van Hijma en Olthof.

Ja, dat is nu een punt waar ik een interpretatie geef. Het is overigens een puur technische aangelegenheid; ik zeg dat je pas van een tekortkoming mag spreken, indien de prestatie tenminste nog mogelijk is, nadat er verzuim is ingetreden. Dan is er een tekortkoming en dan is er een schadevergoedingsverplichting. Marianne Olthof en ik verschilden daarover ook al van mening toen ik in Leiden nog colleges gaf voor het keuzevak NBW. Zij is aan haar mening vast blijven houden en ik aan de mijne. Maar dat is niet een departementale interpretatie. Het is wel zo dat ik vind (en ik denk ook wel dat anderen op de afdeling dat vinden) dat het begrip tekortkoming zo moet worden gelegd.

Maar dat is natuurlijk weer dezelfde vraag als zojuist: als een wetgevingsman of een rechter boeken gaat schrijven over dingen waaraan hij zelf heeft meegewerkt kan dit dan niet dit soort problemen oproepen? Het alternatief zou zijn niet schrijven. Er zijn ook collega's op Justitie die vinden dat ambtenaren niet moeten publiceren over onderwerpen waaraan ze zelf hebben meegewerkt. Ik vind dat niet; ik vind het veel te leuk om er over te schrijven. En gelukkig wordt het op onze afdeling helemaal niet als een bezwaar gevoeld. Op onze afdeling vindt men juist dat publiceren goed is en ook nuttig om wat meer inzicht in zo'n wetboek over te brengen.

Een tendens in het Nieuw BW is de relativering van verhoudingen; bijvoorbeeld de relativering van de levering c.p., die niet geldt ten opzichte van oudere gerechtigden. Is het nodig en nuttig dit soort verfijningen aan te brengen?

Je kunt zeggen dat het een beetje gecompliceerd is om dit soort uitzonderingen en verfijningen te maken. Het is natuurlijk een kwestie van afweging of je de materiële gerechtigheid (om een groot woord te gebruiken) in de wetgeving kunt neerleggen, ook al gaat dat ten koste van eenvoudige categorieën. Maar ik dacht dat dergelijke verfijnde regelingen ook in het huidige recht toch echt min of meer aanvaard zijn. Ze zijn niet alleen zo duidelijk ergens neergeschreven. En ik dacht dat het eigenlijk een trend was in deze tijd dat je de verfijningen wel zou moeten aanbrengen, waar je dat nodig vindt. Als wij dat niet doen, dat doet de rechter het wel. Als in de wet een regeling te grof uitvalt dan zullen de schrijvers niet schromen om daar de aandacht op te vestigen.

Een punt uit het NBW waarop veel kritiek is te horen is de koppeling die in afdeling 6.3.2, door middel van de beruchte "tenzij ook indien-clausule" wordt aangebracht met afdeling 6.3.1. Met name Nieuwenhuis heeft daartegen in het WPNR geageerd. Heeft het zin om nu nog op dergelijk punten kritiek te leveren?

Wat Hans Nieuwenhuis over de onrechtmatige daad en met name over de "tenzij ook indien-clausule" heeft geschreven in het WPNR, dat is van een echte kenner van het gebied, een scherpzinnige analyse van die clausule. Snijders en ik hebben al tegen elkaar gezegd, dat het in het stadium van het voorlopig verslag zeker aan de orde zal worden gesteld en dat daar nog eens grondig naar gekeken moet worden. Al was het maar in de sfeer van een nadere rechtvaardiging van het gekozen stelsel.

Heeft de Hoge Raad in het Zeug Geel 113 (HR 24 februari 1981, NJ 1984, 415) de tenzij-clausule goed uitgelegd?

(Lachend:) Ik had geen moeite met dat arrest

De raadsheer

Het valt op dat de laatste tijd veel grote juristen naar een Hof

vertrekken. Niet alleen hoogleraren maar ook wetgevingsjuristen. Is de rechterlijke macht zo aantrekkelijk?

Ik kan natuurlijk alleen maar uit eigen ervaring spreken. Het Amsterdamse Hof is een heel goed Hof. (Ik hoop dat erbij komt te staan: "sprak hij lachend".) Ik kan niets zeggen over andere Hoven, behalve wat ik hoor: Neleman zegt dat ook het Haagse Hof een heel goed Hof is. Ik vind het Amsterdamse Hof een heel prettige werkomgeving, waar interessante zaken spelen, waar goede mensen werken en waar de collegiale sfeer erg goed is. En voor mij komt daar dan nog bij dat ik werd gevraagd door een vice-president van het Amsterdamse Hof om daar te komen plaatsvervangen. Ik vond dat leuk, omdat ik Amsterdammer ben en op die manier nog enig contact met mijn geboortestad houd. In het algemeen zie je wel dat er heel wat mensen naar de rechterlijke macht gaan tegenwoordig, die vroeger misschien naar de universiteit of advocatuur zouden gaan. En dat komt, omdat de rechterlijke macht interessant werk heeft, in hoog aanzien staat en op het ogenblik veel mensen nodig heeft.

Wij constateren een zeker vluchtgedrag binnen de stafafdeling; Neleman is vertrokken, Hamaker is vertrokken, Meijer is vertrokken, u vertrekt min of meer naar het Hof Amsterdam. Heeft het ministerie de hoop op het NBW opgegeven?

De vlucht van Hamaker en Meijer en Neleman is heel betrekkelijk en naar mijn gevoel niet zo'n geweldige vlucht. Piet Neleman werkte op Justitie sinds 1969-1970 en hij is in 1982 geloof ik naar het Hof gegaan. Nou 13 jaar werken op één afdeling vind ik een mooie tijd in een mensenleven. De meeste mensen doen het korter. Hamaker en Meijer hebben het korter gedaan. Hamaker is er 8 jaar geweest, en Meijer geloof ik 5 jaar. Hamaker kwam uit de advocatuur en het is duidelijk een man die meer van de casuïstiek houdt dan van de abstracte regel. Dus dat die weg zou gaan dat was altijd al duidelijk. En Meijer, ja die hield meer van wetgeving dan Hamaker, maar die is iets vlugger weggegaan dan we eigenlijk hadden gewild. Het was voor hem ook een hele moeilijke beslissing, maar hij voelde opeens de behoefte om de advocatuur uit te oefenen dermate sterk in zich omhoog kruipen, dat hij dat uiteindelijk heeft gekozen. Maar nogmaals ook 5 jaar dat is geen slechte tijd.

Toen ik bij Justitie ging werken dacht ik, natuurlijk moet je het een jaar of drie doen. Anders raak je niet ingewerkt; er staat drie jaar voor inwerken in de wetgeving. Dat het mij nou toevallig zo goed is bevallen dat ik er ook inmiddels alweer 10 jaar zit, dat had ik niet van tevoren durven voorspellen. Dus vind ik het een normale gang van zaken dat mensen na een tijd eens een andere baan zoeken. De overblijvende groep is mans genoeg om de invoeringswet van het NBW af te ronden.

Wat mijn eigen geval betreft, nu die invoeringswet drie jaar of zo iets is uitgesteld, dus van 1986 tot het eind van de jaren '80, had dat eigenlijk twee consequenties:

Ik was begonnen met dingen van boek 7. Bovendien hadden De Die en ik samen dat ontwerp voor boek 4 gemaakt, erfrecht. Maar het heeft niet zo vreselijk veel zin om nu titels van boek 7 te gaan maken, die pas in 1990 bij de kamer in behandeling zullen komen. Want als de invoeringswet af is, komt eerst nog het erfrecht in de Tweede Kamer, zeg 1987/1988 met de schenking en die titels van boek 7 die er al liggen. Het kwam er eigenlijk op neer, dat het zaak wordt een aantal jaren de activiteiten tot de invoeringswet te gaan beperken (invoeringswet in meer beperkte zin, zoals hij er nu uit ziet). Ik vond dat ik daardoor wat tijd vrij kreeg om weer eens wat nieuwe ervaringen op te gaan doen. En dus is het zo dat ik mijn deel van de invoeringswet en mijn algemeen deel in de werkzaamheden op Justitie gewoon voortzet, maar dat ik daar wat minder tijd voor denk nodig te hebben dan een volle baan. Het is de bedoeling dat ik dan wat meer tijd in het Amsterdamse Hof als plaatsvervanger zal gaan fungeren, waar ik nu al elke maand een keer zit. Dus het is echt geen vlucht; noch van Hamaker en Meijer, noch van mijzelf. De afdeling blijft mans genoeg om het te doen en bovendien krijgen we ook nog een vervanger voor Hamaker en Meijer. Iemand die ook werk aan de invoeringswet gaat doen; kortom bijstand gaat verlenen bij onderzoek en nazoekwerk. Ik kan me natuurlijk wel enigszins indenken dat het voor de buitenwereld als een vlucht is overgekomen dat deze twee mensen weg gingen, maar dat was een volkomen toeval dat ze tegelijk vertrokken.

De universiteit

We stappen even over naar de universiteiten.

Vindt u het goede zaak dat de meeste juridische faculteiten zijn overgestapt op het NBW in het onderwijs?

Dat vind ik een hele goede zaak. Om te beginnen wil ik zeggen dat Hans Nieuwenhuis het volgens mij onlangs heel juist heeft gezegd in de Mare. Die heeft gezegd: "We geven geen NBW of oud BW, we geven Burgerlijk Recht en dat is nu eenmaal in de huidige tijden voor een heel groot deel al anticiperen op het NBW. Voor een heel groot deel legt het NBW vast wat geldend recht is, dus dat geven we en als een student afstudeert in Leiden dan kan hij de praktijk uitoefenen zowel op basis van het huidige wetboek als op basis van het nieuwe." Dat vind ik een juiste benadering. En pedagogisch is het ook juist. Ik heb zowel van Brahn in Groningen, als van Hondius in Utrecht gehoord dat hun ervaring is, dat je beginnende studenten burgerlijk recht veel eenvoudiger bij kunt brengen aan de hand van het NBW dan aan de hand van het bestaande recht (om zo dan toch nog even die tegenstelling te gebruiken). Omdat het NBW een duidelijk gesystematiseerd neergeschreven geheel is, waar een student makkelijker greep op krijgt, dan op een wat vaag systeem dat je uit handboeken moet halen zoals in het bestaand recht het geval is. Dus ik vind het goed; in elk geval vind ik het goed om er mee te beginnen. In de loop van de studie moet dan de studenten geleerd worden om zich in die beide stelsels te bewegen en literatuur over beide stelsels kunnen gebruiken. Ik geloof dat een opleiding burgerlijk recht niet anders meer denkbaar dan door beide componenten te verwerken.

Ik vind het ook onzin om te zeggen dat nu de invoering drie jaar is uitgesteld het eigenlijk fout is om op basis van het nieuwe wetboek op te leiden. Ik vind dus inderdaad dat het goed is zoals het nu in Leiden en in Groningen en in Utrecht gaat.

Sommigen juristen, ook wel civilisten, overtrekken geloof ik de verschillen tussen het nieuwe stelsel en het bestaande stelsel veel te sterk. Het is een volkomen in elkaar overlopend geheel. Dat zie je aan de rechtspraak van de Hoge Raad. Als de Hoge Raad uitmaakt dat voor dieren een risico-aansprakelijkheid geldt (HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353-Red.), dan is dat ons burgerlijk recht. Maar je moet wel weten dat dat toevallig in het NBW staat. Anders

begrijp je zo'n uitspraak niet en kun je zo'n uitspraak als advocaat niet uitlokken.

Zou u bijvoorbeeld een hoogleraarschap ambiëren of op een andere manier terug willen naar het universitaire onderwijs?

Het geven van het keuzevak NBW heb ik altijd vreselijk aardig gevonden en dat geldt in het algemeen voor wetenschap, lezen, schrijven. In die zin heb ik altijd heimwee naar de Universiteit. Wat ik niet erg aantrekkelijk vind, is dat massale onderwijs. En dat is ook de reden geweest dat ik nooit ben teruggegaan. Ik denk dat als het mogelijk was geweest om een universitaire baan te hebben zoals die in mijn verbeelding voor 1960, misschien voor 1970 bestaan heeft: de hoogleraar die 4 uur college in de week gaf en voor de rest weinig beslommingen had, dat zou ik denk ik wel gedaan hebben. Zelfs in de huidige toestand ben ik er een keer heel dichtbij geweest om hoogleraar te worden en ik denk dat de beslissing dat niet te doen me aanzienlijk meer moeite zou hebben gekost als het nog was geweest zoals het ik het zoëven schetste.

Maar wat me erg afschrikt dat zijn die zalen van honderden mensen. Ik vond het keuzevak NBW zo leuk omdat het door een kleine groep studenten gevolgd werd die al vrij veel wisten van het huidige recht. Om die wat extra onderwijs te geven, dat vond ik heel leuk. Maar ik denk dat dat niet specifiek voor mij zo ligt. Die huivering voor die massaliteit. En natuurlijk het eeuwig vergaderen, het formulieren invullen voor projecten en voor medewerkers, dat zijn dingen die me wel afschrikken. Op zichzelf zou ik het helemaal niet gek vinden om nog eens heel wat anders te gaan doen in mijn leven, maar een onderwijsbaan, waar ik voor honderden, duizenden mensen les zou moeten geven dat doe ik niet zo gauw.

Literatuur

Zijn er boeken die u graag leest en heeft uw voorkeur wellicht iets te maken met uw verblijf in München, Wenen en Rome?

Er zijn nogal wat boeken die ik graag lees en voorzover ik graag over de klassieke oudheid lees heeft dat voor een deel zeker met mijn verblijf in Rome te maken. Ik ben overigens al vanaf mijn gymnasiumtijd door Italië en de oudheid gefascineerd. Ik wilde

vroeger ook geschiedenis of oude talen studeren. Ik heb nu het geluk dat ik af en toe in Rome moet vergaderen en dat werkt wel stimulerend. Gregorovius, *Geschiede der Stad Rom im Mittelalter*, Ranke, *Geschiede der Pápste* of Krautheimer over vroeg-christelijke basilieken in de Middeleeuwen, dat zijn boeken waar ik van geniet en die ik nog altijd vaak ter hand neem. Er is momenteel trouwens een soort Middeleeuwen-rivival aan de gang. Tal van schrijvers hebben de Middeleeuwen tot voorwerp van hun belangstelling gemaakt. Ik noem slechts Eco, Le Roy Ladurie, Tuchman. Er is sprake van een herleefde belangstelling voor de Middeleeuwse muziek. Dat vind ik leuk. We weten veel te weinig van de Middeleeuwen. Ik vind het een fascinerende tijd, ook vanuit Rome gezien, Rome-centristisch.

U leest vooral historische werken?

Nee, de literatuur heeft duidelijk de overhand. Ik houd erg van Couperus, niet alleen van zijn historische maar ook van zijn Haagse romans. Elke dag als ik door de Haagse Surinamestraat fiets, denk ik: hier heeft Couperus gewoond. En als ik door de Frederikstraat fiets vraag ik me af wie van zijn romanfiguren daar heeft gewoond. Het is ontzettend, maar dat vind ik nu eenmaal aardig. Zo leef ik in elk geval met Couperus.

Ik ben weliswaar geen Hagenaar (al woon ik er alweer tien jaar) maar die boeken vind ik fascinerend. Ik houd ook wel van moderne Nederlandse literatuur en poëzie. Verder koop ik ook wel veel Engels, Duits, Frans en Italiaans. Ik probeer gewoon een beetje bij te blijven.

Deze vakantie heb ik weer eens een paar grote Russen meegenomen: Anna Karenina van Tolstoj en De dode zielen van Gogol. Jammergenoeg kan ik ze niet in het Russisch lezen.

Vroeger las ik ook veel Dante. Dat vond ik wel moeilijk maar ook heerlijk om te doen. In die tijd hield ik me ook bezig met Petrarca. Ik heb me zelfs af en toe aan een kleine vertaling van zijn werk bezondigd, sonnetten uit de bundel *Gedichten voor Laura*.

Eigenlijk zijn de grote roman en het kleine gedicht mijn favoriete genres in de literatuur.

Leest u veel poëzie?

Ja, heel veel. Ik heb planken poëzie in mijn kast staan. Daar lees

ik met plezier regelmatig een stuk van door. Achterberg, Nijhoff en Komrij hebben de gedichten geschreven die ik het meest waardeer. Ik houd ook wel van bizarre gedichten, zoals de sonnetten van Kal over fietsen op de Mont Ventoux en die wonderlijke, rijmloze sonnetten van Buddingh. Stip heeft pas een bundel sonnetten uitgebracht over zijn jeugd, heel speels vaak. Verder houd ik, wat de 'echte' dichters van dit ogenblik betreft van de inmiddels overleden Emmens en Geels. Hun gedichten zijn echt kreten van gevoel. Daar neem ik wel wat minder van tot me dan van de wat meer gestructureerde poëzie, maar ik lees ze toch graag. Overigens een gevoelskreet zonder enige structuur spreekt mij vaak minder aan dan diezelfde kreet in een mooie structuur. Ik vindt ook dat een wetsartikel het in gedachtenrijkdom vaak wint van een zin die je zomaar opschrijft.

Vorm voegt iets toe dat voor mij althans waardevol is. Ik houd daarom niet zo van schrijvers die slordig met hun stijl omspringen, vooral niet als zij er in hun thema's wel degelijk blijk van geven pretenties te hebben. Ik vind dat Maarten 't Hart in die categorie thuishoort.

In de kamer van de secretaresse van het faculteitsbestuur hangen twee door u vervaardigde sonnetten. Een vorm van literaire expressie die u zelf beoefent?

Toen ik in 1974 wegging bij de Universiteit van Amsterdam was ik, zoals dat past, weemoedig gestemd. Ik voelde dat die verhouding nooit meer helemaal goed zou komen. Ik heb toen tien afscheids-sonnetten geschreven over allerlei aspecten van het leven van de wetenschappelijke medewerker.

Die serie is in het Hollands Maandblad gepubliceerd en twee sonnetten zijn later in Trias geplaatst en hangen nu bij het Leidse faculteitsbestuur.

Ik geloof dat het begon toen de voorzitter van ons faculteitsbestuur, Van Soest, advocaat-generaal bij de Hoge Raad werd. Toen heb ik voor zijn afscheid een gedicht gemaakt en enkele maanden later ook ter gelegenheid van mijn eigen afscheid.

Overigens zijn er vrij veel mensen die sonnetten schrijven maar dat weet je dan niet van elkaar.

Op onze afdeling De Die en Snijders bijvoorbeeld. Daarbuiten iemand als H. Stein. Onlangs schreef Stein ons nog een sonnet

over een moeilijk probleem van overgangsrecht waarop De Die gereageerd heeft met een rondeel.

Zo ben ik er op een zeker moment toe gekomen een serie sonnetten over het NBW te schrijven. Het idee om zoiets te doen is eigenlijk afkomstig van Tideman, destijds directeur van Tjeenk Willink, naar aanleiding van die vorige serie. Tijdens een bestuursvergadering van Unidroit in Rome - Rome inspireert mij wel vaker - ben ik er toen aan begonnen. In die paar dagen heb ik 4 sonnetten gemaakt en de rest in de volgende twee weken in Nederland. Iens Verburgh van het NJB was meteen enthousiast en dus stond het een maand later in het NJB.

Heeft die serie, afgezien van de uiting van Kosto (NJB 1984, blz. 1076) nog andere reacties opgeleverd?

Vrij veel reacties zelfs. Gelukkig veel geamuseerde, maar ook wel wat kregelige. Zo van: dat kun je toch niet doen, een beetje ironisch, een beetje afstandelijk over het NBW schrijven in zo'n gevoelige tijd. Ik moet zeggen dat ik zulke geluiden helaas zelfs op Justitie heb gehoord maar gelukkig niet op mij eigen afdeling. De mensen op mijn eigen afdeling vonden het gelukkig heel aardig. En van buiten heb ik ook veel aardige reacties gekregen. Een goede kennis van mij, een oud collega die ook in het Amsterdamse Hof zit stuurde mij ook weer een sonnet.

U beoefent vooral het Shakespeare sonnet: 3 kwatrijnen, gevolgd door een couplet van 2 regels, 5 jamber per regel. Is die versvorm niet uitsluitend bestemd voor lyrische thema's als liefde en dood?

Dat is een misvatting. Je kunt een sonnet overal voor gebruiken. Onze grootste sonnettendichter Achterberg heeft sonnetten geschreven over de meeste cerebrale of over de meest alledaagse onderwerpen die je maar kunt voorstellen. Natuurlijk wel vaak met een gevoelsmatige draai er in. Maar die heb ik dan ook op mijn niveau willen aanbrengen in sommige van die gedichten. Achterbergs gedicht over de werkster bijvoorbeeld:

Ze heeft zichzelf aan de vloer verpand
om deze voor de voeten te versieren
van dichters, predikanten, kruidenieren
want er is onderscheid van rang en stand.

Zulke gedichten behoeven niets met hoogverheven gevoelens van liefde en dood te maken te hebben maar gaan gewoon over dingen van de dag. En dat vind ik ook een hele mooie aanleiding voor een sonnet. Ik vind dat je het overal voor gebruiken kunt. Het is de meest universele vorm naar mijn gevoel die er is.

Muziek

U bent een fervent operabezoeker. Bent u ook op dit vlak door Rome beïnvloed?

Nee, er is in Rome wel een opera maar die functioneert niet. In Rome ga ik dan ook nooit naar de opera. In New York, waar ik in verband met mijn werk voor UNCITRAL nogal eens vaak moet zijn, ga ik vrij geregeld naar de opera. In Wenen waar ik zo'n twee weken per jaar moet vergaderen ga ik elke avond naar de opera of naar een toneelvoorstelling. Ik ga dan niet geweldig uitvoerig met allemaal collega's eten in restaurants of zo. Hier in Nederland bezoek ik vrijwel alle voorstellingen van de Nederlandse Opera-stichting. Sinds ik in Den Haag woon ga ik wel iets vaker dan toen ik nog ik Amsterdam woonde, maar niettemin ga ik vanaf mijn studententijd al geregeld naar de opera.

Hebt u nog andere hobbies?

Elke dag een uur pianospelen, dat is iets wat ik tot elke prijs doe. Ik ga altijd na het eten eerst een uur pianospelen en dan aan het werk. Ik wil het goed leren. Ik heb elke woensdagavond les. Dan ga ik eerst een uur pianospelen, dan heb ik een uur pianoles en zit daarna heel tevreden teneer en heb ik een avond niet gewerkt. Heerlijk! Aan sport doe ik op het ogenblik niet. Ik heb het wel gedaan, in mijn gymnasiumtijd veel, later heb ik jarenlang, tot 5 jaar geleden, elke week aan sport gedaan. Maar dat is er nu bij in geschoten. Dat doe ik niet meer. Dat ging dan ook zondagmorgen en ik ben toch al zoveel aan het werk. Om dan ook nog zondagmorgen het huis te verlaten, om te gaan tennissen of badminton spelen, dat vond ik een beetje gortig. Daar ben ik toen mee gestopt. Maar ik fiets elke dag naar mijn werk.

Slot

U wordt verbannen naar een onbewoond eiland. Welke drank zou u meenemen? Welk boek? Welke plaat?

Als drank zou ik een fles zeer oude jenever meenemen, zo oud mogelijk. Wat de boekerij betreft, ik denk dat ik die *Geschichte der Stadt Rom im Mittelalter* van Gregorovius zou meenemen.

Ik zeg er wel bij dat ik hoop dat de mensen die voor mij op dat eiland zaten daar hun Dante, hun Tolstoi en hun Couperus hebben achtergelaten, hun Achterberg ook.

Een favoriete plaat zou ik zo niet kunnen noemen. Als het opera zou moeten zijn zou ik toch wel Don Giovanni meenemen, met daarbij een boek over de interpretaties van het gelijknamige toneelstuk door de eeuwen heen.

Verder kamermuziek met piano, van Mozart, Haydn, en William Byrd. Als ik zou moeten kiezen zou ik dat kiezen, maar ik hoop niet dat ik ooit zou moeten kiezen, want dat lijkt mij vreselijk moeilijk.

BETALING PER GIRO

Mr W. Snijders

Inleiding

Het verzoek om een stuk in deze bundel te schrijven stelt mij voor het probleem dat ik daarvoor tussen Hoge Raad en N.B.W. geen tijd kan vinden zonder mij er met een Jantje van Leiden af te maken. Maar ik meen dat ik tenslotte toch een aanvaardbaar middel heb gevonden de redactie, en misschien ook de lezer, tevreden te stellen. Eén van de oorzaken waardoor het werk aan het N.B.W. veel tijd blijft kosten, is mijn gewoonte voor mijzelf de nog steeds wassende, uiterst nuttige, maar veeleisende stroom N.B.W.-literatuur van schriftelijk commentaar te voorzien. Ik put daaruit, waar nodig, bij het opstellen van parlementaire stukken, maar veel blijft uiteraard geheel intern. Dit zou een gelegenheid kunnen zijn bij wijze van voorbeeld van deze werkwijze één keer zo'n intern commentaar te publiceren.

Ik heb daarbij mijn keuze laten vallen op een notitie die ik op 26 januari 1984 maakte bij een opstel van één van de redacteuren van deze bundel, nl. dat van Rank in N.J.B. 1983, p. 1129 e.v. over betaling per giro. Ik hoop dat daaruit duidelijk wordt dat ik ook zijn doorwrochte werkstuk met aandacht heb doorgewerkt, hoewel dit mij voorshands niet van de wenselijkheid van enige wijziging heeft overtuigd. Zijn betoog kwam - kort samengevat - hierop neer dat de regel van artikel 6.1.9A.3 lid 1, volgens welke een schuldenaar zijn geldschuld kan voldoen door bijschrijving op een girorekening van de schuldeiser, niet ver genoeg gaat en dat in het bijzonder uit dit lid moet worden geschrapt de woorden "tenzij de schuldeiser betaling op die rekening geldig heeft uitgesloten", terwijl nog beter zou zijn om te bepalen "dat girale betaling ter voldoening van een schuld dezelfde rechtsgevolgen heeft als betaling in wettig betaalmiddel".

Eerlijkheidshalve laat ik mijn commentaar van destijds hieronder geheel ongewijzigd volgen, inclusief de misschien wat onaardige opmerking aan het slot van punt 1, die Rank mij wel ten goede wil houden. Ook zie ik af van het toevoegen van inmiddels nog tot mij doorgedrongen verdere litteratuur. Echter met één uitzondering.

Ik voel mij gesterkt door wat er over dit onderwerp wordt gezegd in de voorbereidende stukken voor de herziening van het verbintennisrecht van het Duits BGB (Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Franz Häuser, Giroverhältnis, in het bijzonder p. 1358 e.v.).

Notitie betreffende betaling per giro, n.a.v. Rank, N.J.B. 1983, p. 1129 e.v., 26 januari 1984

1. In de beschrijving van het huidige recht komt een merkwaardigheid voor. Inderdaad heeft de Hoge Raad (slotzin van punt 2) zich over "het rechtskarakter" van een girale betaling, voor zover ik weet, nooit uitgelaten. Maar het is niet zo als hier gesuggereerd wordt dat de Hoge Raad zich daarover wèl uitgelaten zou hebben, maar in wisselende zin. De in noot 17 geciteerde arresten hadden immers geen van alle betrekking op de vraag welk rechtskarakter een zodanige betaling heeft. Het ging in H.R. 7 april 1978, N.J. 1978, 624, en 8 december 1978, N.J. 1979, 361 telkens om de uitleg van bepaalde artikelen (art. 1724 en 1191 B.W.) in het licht van de maatschappelijke betekenis die girale betaling inmiddels heeft gekregen. Het derde arrest (29 mei 1981, N.J. 1981, 191) heeft in wezen niets met girale betaling te maken, maar gaat over art. 1418 B.W., dat er door het Hof bijgehaald was. Ik zeg dat met enige nadruk omdat dit laatste arrest blijkbaar het misverstand heeft gewekt als zou de Hoge Raad hier "om" zijn gegaan en zelf art. 1418 van toepassing hebben geacht. De bizarre speculatie waarmee noot 17 besluit, laat zien hoe men dit zelfs tegen beter weten in kan volhouden.

2. Wat art. 6.1.9A.3 betreft, in de M.v.A. II wordt uiteengezet dat girale betaling een wijze van voldoening van de verbintenis is, hetgeen in de tekst van het artikel wordt uitgedrukt door de woorden "kan de schuldenaar de verbintenis voldoen"; met name is hier dus geen sprake van "zich bevrijden door een andere prestatie", zoals art. 6.1.6.15 het uitdrukt. Een verbintenis tot betaling van een geldsom is derhalve een verbintenis die in beginsel kan worden voldaan door het verschaffen van de betreffende geldswaarde in chartaal geld of in giraal geld (het begrip "wettig betaal-

middel" wordt in afd. 6.1.9A niet gebezigd). De op p. 1131 door Rank gesuggereerde discrepantie tussen wettekst en toelichting bestaat dus niet.

Opmerking verdient daarbij nog dat, ook in de hieronder te bespreken gevallen dat de schuldeiser girale betaling mag weigeren, deze een voldoening van de verbintenis oplevert, als niet daadwerkelijk tot weigering en derhalve tot terugstorting wordt overgegaan; zie Parl. Gesch. p. 461, eerste alinea.

3. Een volgende vraag is wie mag kiezen tussen beide vormen van voldoening. Als dat in de wet niet geregeld zou zijn, zou dit niet eenvoudig zijn. Men zou aansluiting kunnen zoeken bij art. 6.1.4.1 lid 2 en de regels omtrent soortzaken, maar ook bij art. 6.1.9A.5. Met de vraag of de gekozen wijze van betaling inderdaad een voldoening van de verbintenis is, heeft dit echter - anders dan Rank schijnt te menen - niet van doen.

Intussen is de vraag wie mag kiezen in art. 6.1.9A.3 lid 1 wèl geregeld. Zelfs bestaan in dit opzicht verschillende regels. In de eerste plaats heeft de schuldeiser in zoverre een vrijheid van keuze dat art. 6.1.9A.3 lid 1 alleen geldt voor schuldeisers met een rekening als daar bedoeld in het land waar betaald moet worden. Het eist dus niet dat de schuldeiser een zodanige rekening moet hebben, al kan dit, met name bij grote bedragen, wel uit de eisen van redelijkheid en billijkheid worden afgeleid. Ook heeft de schuldeiser in zoverre de keuze dat het aan hem is om (eenzijdig) de plaats van betaling aan te wijzen (art. 6.1.9A.5 lid 2). Is dat een giro-instelling, waar hij een rekening heeft, dan *moet* de schuldenaar dus daar betalen. En tenslotte bepaalt art. 6.1.9A.3 lid 1 ook nog dat de schuldeiser in beginsel ("geldig")betaling op een bepaalde rekening (eenzijdig) mag uitsluiten. Dat laatste is vooral van belang omdat veel schuldeisers over twee of meer rekeningen beschikken. Gaat het om rekeningen bij verschillende giro-instellingen, dan kan krachtens art. 6.1.9A.5 lid 2 één daarvan worden aangewezen en daarmee betaling op de andere rekeningen worden uitgesloten. Maar dat is niet zo in geval van meer rekeningen bij één giro-instelling (bijv. een particuliere rekening naast een beroepsmatige, of naast een rekening met het oog op het beheer van bepaalde vermogensbestanddelen als huizen, effecten-depots; men denke ook aan rekeningen waarop geld dat voor een

bepaald doel is bestemd, voorlopig wordt geplaatst). Daarnaast zal de schuldenaar ook mogen zeggen dat hij de betaling op geen enkele bestaande rekening wil ontvangen, maar hetzij op een nog te openen bijzondere rekening, hetzij in chartaal geld. Dit laatste houdt weer verband met art. 6.1.9A.5, want het komt erop neer dat hij aldus de plaats van betaling van art. 6.1.9A.5 lid 1 aanwijst.

Maar dit alles neemt niet weg dat, zolang de schuldeiser die een of meer rekeningen in het land waar betaald moet worden heeft, niet van één van voormelde bevoegdheden gebruikt maakt, de schuldenaar giraal kan betalen op de rekening die hem goeddunkt en dat de schuldeiser ook betaling in chartaal geld in beginsel niet zal mogen weigeren.

4. Een volgende vraag is waarom de schuldeiser betaling op zijn rekening in beginsel eenzijdig moet kunnen uitsluiten, een punt waartegen het betoog van Rank zich vooral richt. Dat is om verschillende redenen wenselijk. In de eerste plaats - dat is vooral wat in de M.v.A. II (Parl. Gesch. p. 460) nadruk heeft gekregen - bij wijze van aanvulling op art. 6.1.9A.5 lid 2 voor het geval de schuldeiser bij één giro-instelling meer rekeningen heeft of met het oog op de betaling een bijzondere rekening bij dezelfde giro-instelling wil openen. In de tweede plaats omdat het zich kan voordoen dat de schuldenaar bij betaling op de betreffende rekening moeilijkheden verwacht, zoals een beslag ten laste van hem zelf of een dreigende déconfiture van de betreffende giro-instelling. Dit soort kwesties behoort niet te worden overgelaten aan algemene beginselen. Het geeft meer zekerheid als in beginsel de schuldeiser ongemotiveerd mag zeggen wat hij wenst, zoals ook het stelsel van art. 6.1.9A.5 is. De eveneens wenselijke tegenhanger is dat, als de schuldeiser nalaat betaling op zijn rekening uit te sluiten, de schuldenaar er ook zeker van is dat hij daarop mag betalen, wat niet alleen in het belang van deze schuldenaar is, maar ook in dat van een vlot betalingsverkeer en zo in het belang van alle schuldeisers. In dit verband moet mede worden gedacht aan het door Rank vermelde geval van "zwarte transacties". Zou men een regel als voormeld niet hebben, dan zou ook de netelige vraag of de schuldenaar er aan mag meewerken dat de schuldeiser de betaling buiten zijn boeken kan houden, meer nadruk krijgen.

Als de schuldeiser chartaal geld zou eisen, zou hij in dit stelsel immers moeten overwegen of hij niet toch per giro moet betalen, wil hij niet het risico lopen dat bijv. de curator in het faillissement ten tweede malen betaling vordert.

Maar ook afgezien van dit alles moet de mogelijkheid principiëel openblijven dat de schuldeiser die om een of andere reden chartaal geld wenst, daarop aanspraak kan maken als hij dat tijdig te kennen geeft. Men denke zich de situatie in dat bijv. banken zich voortaan op het standpunt zouden stellen dat zij nog alleen giraal hun schulden willen voldoen en geen chartaal geld, meer willen uitbetalen. Het gehele girale geldverkeer dat inhoudt dat de betaling geschiedt door verschaffing van een vordering op de giro-instelling, veronderstelt dat deze vordering eventueel weer in chartaal geld omgezet kan worden, voorzover de cliënt daaraan behoefte mocht hebben. Natuurlijk is geldverkeer zonder chartaal geld of alleen met een beperkte functie daarvan best denkbaar, maar dat is vooralsnog niet het Nederlandse stelsel, zij het dat er in geval van bepaalde noodtoestanden behoefte aan kan zijn.

Aan die behoefte komt - anders dan Rank meent - ook de huidige Noodwet financieel verkeer niet tegemoet. Het huidige artikel 13 bepaalt slechts iets over wat geldt als de voldoening heeft plaatsgevonden en wordt derhalve door art. 6.1.9A.3 overbodig. Het zal dan ook bij de Invoeringswet worden vervangen door de regel dat de Minister kan bepalen dat in door hem aan te geven gevallen een schuldeiser girale betaling van een geldschuld niet kan uitsluiten. Dat gaat verder dan het slot van art. 6.1.9A.3 lid 1, want het betekent dat de schuldenaar *niet* hoeft te betalen zolang de schuldeiser geen rekening heeft (en daarom in schuldeisersverzuim is). Te bedenken valt daarbij nog dat deze bepaling van dwingend recht is, zulks in tegenstelling tot de hele materie van girale betaling, chartaal geld, wettig betaalmiddel, etc. in het burgerlijk recht.

Los van een noodmaatregel als boven bedoeld lijkt me niet op zijn plaats het chartaal geld terug te dringen in de trant als Rank voorstelt. Het speelt in het huidige betalingsverkeer, hoezeer de girale betaling ook aan betekenis heeft gewonnen, nog altijd een belangrijke rol. Men zie voor een aantal gegevens over de afgelopen periode Koster, De girale markt in het afgelopen decennium, E.S.B. 1982, p. 21 e.v. De verhouding giraal geld: chartaal geld

is, als ik het wel heb, thans nog steeds ongeveer 50-50. De laatste gegevens op dit punt kunnen, als deze kwestie door het parlement wordt opgeworpen, het best dan van Financiën worden opgevraagd; zij blijken uit de kwartaalverslagen van de Nederlandse Bank.

5. Onjuist is Ranks veronderstelling dat de schuldeiser girale betaling vrijwel *steeds* kan uitsluiten. Dat houdt verband met het feit dat hij aan het woord "geldig" geen betekenis toekent. Dit bedoelt nu juist in herinnering te brengen dat het zich gemakkelijk kan voordoen, dat hij dit niet kan. Men zie de voorbeelden in de Parl. Gesch., p. 460, laatste alinea, met name het laatste daar genoemde geval dat van de schuldenaar niet gevegd kan worden dat hij met een koffertje met een grote hoeveelheid chartaal geld over straat gaat. Maar waar hier de grens ligt kan moeilijk anders dan van de omstandigheden afhangen, waarbij, voor zover het om kleinere bedragen gaat, ook rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van betaling door middel van gegarandeerde giro-betaalkaarten¹⁾ of betaalcheques, waarop art. 6.1.6.15a (mede) betrekking heeft. Waar de gebruikelijkheid van deze betalingsmethode en de maatschappelijke opvattingen daaromtrent in de toekomst gemakkelijk kunnen verschuiven en ook nieuwe methoden kunnen opkomen, is het niet wenselijk op dit punt te veel vast te leggen. Men zie Parl. Gesch. p. 184-185. Nadere voorzieningen lijken voorsnog ook nu niet nodig; dit in verband met de t.a.p. gedane suggestie bij de Invoeringswetgeving nog eens te bezien of daaraan behoefte bestaat, een vraag die we uit de Eerste Kamer weer kunnen verwachten.

Overigens is het woord "geldig" mede opgenomen ter voorkoming van samenloopproblemen in geval elders wel bepaald wordt dat een betaling giraal zal geschieden, maar daaraan niet uitdrukkelijk wordt toegevoegd dat de slotzinsnede van art. 6.1.9A.3 lid 1 in zoverre niet geldt. Zie Parl. Gesch. p. 464, bovenaan.

Noot

1) Inmiddels tevens gemaakt tot "postcheques" en sindsdien in artikel 6.1.6.15a als zodanig uitdrukkelijk vermeld.

PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSBETREKKINGEN MET DE OVERHEID NAAR KOMEND RECHT

*De wetgever is er om zo te zeggen niet voor zijn plezier
(G.E. Langemeijer, in Acht civilisten in burger, blz. 141)*

Mr J. Spier

1. Inleiding

De afgelopen jaren heeft de relatie tussen de overheid en haar onderdanen zich in een ruime belangstelling mogen verheugen. Zo werd de wet Arob ingevoerd, waardoor de rechtsbescherming tegen de administratie zeer aanmerkelijk werd uitgebreid. Mede door toedoen van de Arob-rechter kregen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer gestalte en gewicht. In steeds bredere kring wordt aanvaard dat overheidshandelen daaraan mag worden getoetst. De Wet Openbaarheid van bestuur zag het licht, waardoor - althans in theorie - veel gegevens toegankelijk werden. Art. 107 lid 2 van de nieuwe Grondwet verplicht vaststelling van regels van algemeen bestuursrecht. Door de wisselwerking van rechtspraak en literatuur is op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad een stroomversnelling op gang gekomen, waardoor tal van tot voor kort onduidelijke punten tot klaarheid zijn gebracht en vastgeroeste tradities zijn opgepoetst. Het gebied der "bestuurscompensatie" trekt in toenemende mate de aandacht.

Zojuist werd gesproken over *algemene regels van bestuursrecht*, tot welker vaststelling de Grondwet verplicht. De Regering laat daar geen gras over groeien. Reeds op 19 mei 1982 werd een werkgroep ingesteld, die op 28 oktober 1982 een rapport het licht deed zien. Uit dit rapport blijkt duidelijk dat in beginsel niet de bedoeling is in de "voorgestelde" wet regels op te nemen met betrekking tot privaatrechtelijke aangelegenheden. Zo wordt opgemerkt: de werkgroep vindt "dat het geen aanbeveling verdient privaatrechtelijk handelen door het bestuur onder de werking van

de Wet algemene regels te doen vallen. Het privaatrechtelijk handelen door bestuursorganen dient, zo meent zij, in beginsel beheerst te worden door de regels van het privaatrecht. Indien echter bijzondere omstandigheden daartoe nopen, kunnen, in aanvulling op het privaatrecht, publiekrechtelijke voorzieningen worden getroffen. Ook is het denkbaar dat de Wet regels geeft over de gevallen waarin en de wijze waarop bestuursorganen tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen besluiten."¹⁾

Over enkele jaren zullen, althans naar voorshands aannemelijk is, de boeken 3, 5 en 6 van het *NBW* worden ingevoerd. Daarin komt evenals in het huidige *BW* de privaatrechtelijke verhouding overheid-niet overheid nauwelijks aan de orde.

Met betrekking tot het toch niet onbelangrijke terrein der *overeenkomsten met de overheid* zal men tevergeefs speuren naar uitdrukkelijke bepalingen; in de parlementaire geschiedenis valt hier eerder en passant een opmerking over dit onderwerp te ontwaren.²⁾

Voor de *onrechtmatige overheidsdaad* geldt, waar het wettelijke bepalingen aangaat hetzelfde, Doch hier bestaan ten minste uitvoerige beschouwingen. Kort gezegd komen die er op neer dat regeling ongewenst is.³⁾ In de Memorie van Antwoord wordt opgemerkt:

"De ontwikkelingslijn moet er zijn uit kracht van de functie der rechterlijke macht, de burger in zijn telkens in aard en omvang wisselende aanraking met de Overheid die rechtsbescherming te geven, welke met inachtneming van de voor de Overheid onontbeerlijke armslag mogelijk is. Uit dezen hoofde is een wettelijke regeling dus niet noodzakelijk."⁴⁾ Voorts heet het dat "nog geen bruikbare, door de wetenschap als aanvaardbaar erkende formulering is gevonden" in verband waarmee "het niet raadzaam (is) thans te trachten zulk een formulering in het Burgerlijk Wetboek op te nemen".⁵⁾ Uit het mondeling overleg komt naar voren dat de jurisprudentie nog onvoldoende is uitgekristalliseerd.⁶⁾ Een enigszins ander geluid viel te beluisteren uit het advies van de Raad van State. Hoewel de Raad niet pleit voor speciale regels⁷⁾ "acht (hij) het wenselijk, dat aan het specifieke karakter van het

overheidsoptreden in de Memorie van Toelichting aandacht wordt geschonken".⁸⁾ Daarvan is het niet mogen komen.

Voor toepassing van de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* heeft de wetgever met art. 3.1.1.15 een "kapstok" willen geven.⁹⁾ Over de *rechtmatige overheidsdaad* is in de parlementaire geschiedenis het een en ander te lezen.¹⁰⁾ In het Voorlopig verslag staat te lezen dat de Commissie toejuicht dat het beginsel van schadevergoeding bij rechtmatige daad wordt erkend.

"De vraag of het niet juist is, vooralsnog van een codificatie van dit rechtsbeginsel (gedoeld wordt op het oude art. 5.1.2, thans 5.4.0 en 6.3.1.5b, JS) af te zien en de verdere ontwikkeling van rechtsbewustzijn en jurisprudentie af te wachten beantwoordt zij ontkennend".¹¹⁾

In de Memorie van Antwoord maakt de Minister of hoffelijke wijze duidelijk dat de Commissie wat "doorslaat".

"Het gaat *hier* inderdaad om een geval waarin de wetgever schadevergoeding bij rechtmatige daad mogelijk wil maken. *Mogelijk* is dat daarvan een bevruchtende werking zal uitgaan voor andere gevallen..." (curs. JS)¹²⁾

In het mondeling overleg wordt de deur dichtgegooid:

"Ten slotte besteedt de regeringscommissaris nog aandacht aan de hierboven opgeworpen vraag, of door het derde lid ... (van het toenmalige art. 5.1.2, JS) de rechtmatige overheidsdaden, die naar huidig recht meestal niet met schadevergoeding gepaard gaan, in de toekomst daarentegen voor een belangrijk gedeelte wel tot schadevergoeding zullen leiden. Hij kan deze vraag slechts in zoverre bevestigend beantwoorden dat, als het om gevallen gaat, waarin de *hinder* (curs. JS) inderdaad volgens art. 6.3.1.1 onrechtmatig zou zijn, de hier bedoelde rechtmatige overheidsdaden inderdaad tot schadevergoeding zullen leiden..."¹³⁾ Zie nader nr. 8.

Uit het bovenstaande blijkt dat in de nieuwe wettelijke bepalingen geen afzonderlijke aandacht zal worden besteed aan de "privaatrechtelijke betrekkingen met de overheid". Wel is, in een schaars aantal gevallen, uit de parlementaire geschiedenis op te maken hoe de wetgever daarover oordeelt. Daarop wordt hierna ingegaan.

2. Een regeling gewenst?

De positie van de overheid in ons rechtsbestel is een bijzondere. Te haren opzichte gelden niet zonder meer de "gewone regels". Dat houdt verband met haar taak: het behartigen van het algemeen belang. Deswege behoeft zij speelruimte die andere deelnemers aan het rechtsverkeer niet nodig hebben.¹⁴⁾ In dit licht bezien zouden daarop toegesneden wettelijke bepalingen geen overbodige luxe zijn. Het achterwege blijven daarvan kan niet worden gedragen door de motivering "dat wij al een ontzaglijke materie te verwerken hebben"¹⁵⁾ hoeveel waardering met name de Vaste Kamercommissie en het Ministerie ook verdienen voor hun vele en diepgravende werkzaamheden.

Het niet regelen kon eertijds mogelijk worden gerechtvaardigd met de stelling dat de hiervoor genoemde rechtsgebieden nog te veel in beweging waren.¹⁶⁾ Sinds het verkondigen van dit standpunt is veel tijd verstreken. Daarin heeft de rechtsontwikkeling niet stilgestaan. Thans zijn de inzichten op veel punten voldoende uitgekristalliseerd. In een aantal gevallen worden tegenstrijdige opvattingen in literatuur of rechtspraak verkondigd.

Intussen is duidelijk dat niet alle vragen kunnen worden beantwoord. Al was het maar omdat ter zake geen voldoende concrete regels kunnen worden geformuleerd, zoals dat jammergenoeg voor meer onderwerpen geldt. In die gevallen zou de wetgever zijn visie kunnen neerleggen in de parlementaire stukken. Aldus kan de wetgever de rechtsontwikkeling, binnen de grenzen van het mogelijke, toch richting geven. Hiertoe bestaat te meer aanleiding omdat een aantal beschouwingen in uit parlementaire geschiedenis inzonderheid met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad, duidelijk daté zijn. Voorkomen wordt dat later op duidelijk verouderde opvattingen, die niet tijdig zijn "herroepen", moet worden teruggevallen.

3. Verdere opzet

Onder 1 werd al aangegeven welke onderwerpen in aanmerking komen voor behandeling. Het betreft:

- de toetsing aan en het belang van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; zie daarover no. 5;
- de onrechtmatige overheidsdaad; daarover no. 6;
- overeenkomsten met de overheid, waarop no. 7 betrekking heeft;
- de rechtmatige overheidsdaad; daarop ziet no. 8.

Duidelijk is dat aan dit alles één voorvraag vooraf behoort te gaan: wat moet onder overheid worden verstaan.

4. Wat te verstaan onder: overheid?

Wanneer er aanleiding bestaat om voor de "privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen" van de overheid bijzondere regels te stellen, dringt zich alras de vraag op: wat moet onder overheid worden verstaan? Beantwoording van die vraag is moeilijk. De literatuur worstelt daar kennelijk ook mee. De vraag wordt heel vaak niet gesteld. Gebeurt dit wél, dan is het antwoord doorgaans vrij vaag, terwijl dan niet of nauwelijks uit de doeken wordt gedaan welke gevolgen men aan beantwoording verbindt. Dit alles lijkt vreemd, doch is het niet. Alvorens daarop in te gaan eerst een aanzet tot een antwoord.

Het is duidelijk dat de in art. 1 lid 1 boek 2 B.W. genoemde rechtspersonen in elk geval als overheid kunnen worden aangemerkt.¹⁷⁾ Er is alle aanleiding eender te oordelen voor de in lid 2 bedoelde rechtspersonen.

Problemen ontstaan bij door de overheid opgerichte rechtspersonen, en bij die waarin zij (een groot deel der) aandelen houdt, of waarover zij anderszins in overwegende mate zeggenschap heeft. Verdedigd wordt wel dat ook in zo'n geval van overheid gesproken moet worden, althans wanneer de betreffende rechtspersonen een deel van de overheidstaak behartigen.¹⁸⁾ Wanneer dat het geval is, kan niet in het algemeen worden gezegd. Ten aanzien van de NS lijkt dit het geval, bij DSM evident niet.

Intussen is duidelijk dat het belang van beantwoording van de vraag ook weer niet moet worden overspannen. De "bijzondere regels" die geboden lijken spelen uit hun aard slechts een rol

wanneer de "bijzondere positie" van de administratie in het geding komt. Naarmate men verder af komt te staan van het "echt besturen" bestaat aan die speciale regels niet alleen minder behoefte, zij zijn in die gevallen ook geenszins zonder meer gewenst. Hoe dit zij: het komt aangewezen voor dat de wetgever zich over een en ander uitlaat. Wil hij dat voor bijvoorbeeld de NS of de PTT, geen afzonderlijke rechtspersoon en bijgevolg de Staat der Nederlanden de "overheidsregels" gelden? Zo ja, dan moet hij dat zeggen, al was het maar omdat er anders gereede kans bestaat dat men deze te haren opzichte niet zal toepassen.

De vraag wat moet worden verstaan onder "overheid" kan op onverwachte wijze van belang zijn. Ten aanzien van art. 6.3.2.3 lezen we in MvA II: "Het artikel geldt evenmin voor de overheid waar een regel in deze trant ten aanzien van werkzaamheden ter uitoefening van de overheidstaak tot onoverzienbare consequenties zou leiden. Wél valt er uiteraard het *overheidsbedrijf* onder".¹⁹⁾

5. Algemene beginselen voor behoorlijk bestuur

De algemene beginselen voor behoorlijk bestuur worden in *civilibus* in toenemende mate in stelling gebracht. Zo langzamerhand is er niet veel twijfel meer mogelijk over de vraag of men daarmee bij de burgerlijke rechter gehoor vindt. Het is duidelijk dat zulks het geval is.²⁰⁾ De vraag waarover nog wordt getwist is: in welke omvang kan toetsing plaatsvinden. Moet dat marginaal of is volle toetsing mogelijk? De rechtspraak is niet bijster duidelijk, vertoont - lijkt het - een zwalkerig karakter.²¹⁾

Door Drion is verdedigd dat al dan niet rechtstreekse toetsing lood om oud ijzer is. Het resultaat is in beide gevallen hetzelfde.²²⁾ Dit omdat bezwaarlijk kan worden gezegd dat de overheid in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur handelt, wanneer zij in redelijkheid heeft kunnen handelen gelijk zij deed. Deze opvatting is niet onbestreden gebleven.²³⁾ Het is niet ondenkbaar dat zij juist is, doch nu daarover ten minste twijfel mogelijk is, ligt in de rede dat de wetgever het verlossende woord spreekt.

J.A.E. van der Does vindt dat kennelijk onnodig²⁴⁾, doch het "waarom" van deze belangrijke stelling komt niet erg uit de verf. Niet zonder meer overtuigend is toch de stelling dat de strijdbijl moet worden begraven "tenzij en totdat iemand eens een arrest kan aanwijzen waarin de afloop anders is geweest dan hij geweest zou zijn, indien de zaak was voorgelegd aan een wel rechtstreeks toetsende administratieve rechter".

De wetgever heeft niet geheel stilgezeten. Art. 3.1.1.15 is in zijn visie een kapstok waaraan toepassing der algemene beginselen kan worden opgehangen.²⁵⁾ Geschrokken van zijn vermetelheid wordt even verderop gezegd:

Het artikel zegt "niets over de invloed die het privaatrecht op het publiekrecht kan hebben en over andere invloeden van het publiekrecht op het privaatrecht door beperking van privaatrechtelijke bevoegdheden."

Daargelaten de onelegantie van het nalaten belangrijke zaken in de toelichting te "regelen" moet worden gevreesd dat 's wetgevers voorzichtige "kapstok-beschouwingen" niet zonder meer toereikend zullen zijn. Reeds hierom verdient het aanbeveling om hetzij in het NBW dan wel in de Wet algemene regels bestuursrecht een bepaling op te nemen dat overheidshandelen door de rechter *altijd* aan de algemene beginselen mag worden getoetst. En wel, ter vermijding van misverstand, volledig. Deze laatste toevoeging is *wellicht* overbodig, opneming ervan is in elk geval geen luxe. Dat moge uit het voorafgaande volgen.

6. Onrechtmatige overheidsdaad

Het grote probleem met betrekking tot het uiterst ingewikkelde leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad bestaat hierin: kan en mag het overheidshandelen naar de "normale maatstaven" worden gemeten, en zo nee, waarom niet? Hoe ver gaat de afwijking van de normale regels? Naar geldend recht moet de rechter zich noodgedwongen met art. 1401 behelpen.²⁶⁾ Wordt dat naar komend recht anders? Het ziet er niet naar uit.²⁷⁾ Los van na te noemen - intussen algemeen geldend - art. 6.3.1.5b zal de rechter slechts houvast hebben aan de artt. 6.3.1.1 e.v.

Er is slechts een vrij onbelangrijke uitzondering: art. 3.1.2.11 dat - kort gezegd - de Staat aansprakelijk maakt voor inschrijving in de openbare kadastrale registers, die in strijd met de wet is geschied. Tekenend voor het bijzondere karakter van de onrechtmatige overheidsdaad is intussen het Rapport aan de Koningin met betrekking tot lid 3. De Raad van State had er over geklaagd dat de draagwijdte daarvan niet kon worden overzien. Ter zake heet het laconiek: "De ondergetekende kan deze opmerking beamen, doch vindt daarin geen aanleiding de bepaling te wijzigen. De omvang van de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige daden, ... is in het burgerlijk recht meestal neergelegd in bepalingen die veel ruimte laten voor rechterlijke interpretatie."²⁸⁾

Er zij nog gewezen op de - mijns inziens juiste - opvatting van Schoordijk dat, gelet op de Memorie van Antwoord op art. 6.3.2.3 niet is te verwachten dat naar NBW de rechtspraak met betrekking tot de vraag wie ingeval van "mede bewind" kan worden aangesproken zal wijzingen.²⁹⁾

De kern van de zaak blijkt natuurlijk:

- behoren voor de overheid bijzondere regels te gelden?
- aan de hand van welke criteria kan naar NBW het overheidshandelen worden getoetst?
- bestaat ten aanzien van bestuurlijk handelen beleidsvrijheid, en zo ja, in welke gevallen en in hoeverre?

Over deze vragen zwijgt de wet. Uit de parlementaire geschiedenis valt wel het een en ander te putten. Daarop wordt eerst ingegaan om vervolgens te bezien of het aangevoerde toereikend is. De destijds belangrijke opmerkingen over vraagstukken die thans iedere actualiteit missen blijven onbesproken.

Over de *bijzondere positie der overheid* heeft met name de Raad van State hele fundamentele opmerkingen gemaakt. De uitleg van art. 1401 kan voor overheid en burger niet gelijk zijn.³⁰⁾ Het is nu eenmaal, volgens de Raad, "niet aanvaardbaar dat de burger, zich tezamen met zijn gelijken bewegend in het maatschappelijk verkeer enerzijds, en de overheid, met speciale bevoegdheden optredend ter behartiging van het algemeen belang

anderzijds, aan een en hetzelfde criterium zouden worden onderworpen voor wat betreft het al dan niet rechtmatige van hun handelingen".³¹⁾

In essentie oordeelt de Minister kennelijk eender.³²⁾

Met het vorenstaande is evenwel nog weinig concreets gezegd. Het maakt nog niet duidelijk *aan welke criteria* kan worden *getoetst*. Dat was eigenlijk - los van de algemene beginselen, waarover zo dadelijk - alleen nog een vraag voor het criterium: strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. De wetgever lijkt er vrede mee te hebben dat zodanige toetsing plaatsvindt.³³⁾ Doch een en andermaal wordt - en volkomen terecht - benadrukt dat bij beoordeling van de vraag wat (on)zorgvuldig is een rol speelt dat het gaat om een overheids-handeling.³⁴⁾ In het Rapport aan de Koningin formuleert de Minister het heel zuiver.³⁵⁾

"De omstandigheid toch dat een bepaalde handeling door een Overheidslichaam ter uitvoering van zijn taak verricht wordt, kan ... ook bij toepassing van de artikelen 6.3.1 e.v. aanleiding zijn, die handeling niet onzorgvuldig te oordelen, terwijl zij dat wel zou zijn indien zij door een particulier was verricht. Het blijft namelijk altijd mogelijk onderscheid te maken tussen de feitelijke voorwaarden die vervuld moet zijn wil enerzijds voor de burger, anderzijds van de Overheid gezegd kunnen worden dat onzorgvuldig is gehandeld."³⁵⁾

Het andere "hot item": mag de rechter aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetsen, lijkt door (de toelichting op) art. 3.1.1.15. opgelost. Verwezen zij naar hetgeen in sub 5 werd gezegd. Duidelijk is dat het belang van deze toetsing niet licht kan worden overschat. Of die beginselen, de letter van art. 6.3.1.1. ten spijt, een afzonderlijk onrechtmatige daadscriterium constitueren is een academische kwestie. De wetgever zij vergeven dat hij dit dogmatische hoogstandje ontloopt.³⁶⁾

Hoe terughoudend moet de rechter zijn? Enigszins verrassend vindt men het antwoord in boek 5, en wel in de hinderbeschouwingen. Het heeft er enigszins schijn van dat de de Minister vindt dat overheidsbeleid ipso facto slechts marginaal mag worden ge-

toetst.³⁷⁾ Doch ook vinden we een genuanceerder standpunt: "*Evenals bij een overheidshandeling die formeel door de bepalingen van de wet wordt gedekt, slechts een zg. marginale toetsing mogelijk is*"³⁸⁾ (curs. JS) Veel meer is niet te traceren. De oogst is dus mager. Te mager. Teveel blijft hier in het vage. Wanneer moet nu precies marginaal worden getoetst? Wat moet worden verstaan onder overheidsbeleid? Moet elk beleid even terughoudend worden bekeken? En zo neen - en het het antwoord zal wel neen moeten luiden - in wat voor soort gevallen is een "minder marginale" toetsing geïndiceerd? Hoe zit het wanneer de overheid iets moet doen, doch beleidsvrijheid heeft ten aanzien van de wijze waarop, terwijl zij eenvoudigweg stil blijft zitten? Dan valt niet te toetsen! Mag het stilzitten dan in volle omvang worden beoordeeld? Moet worden aangenomen dat louter feitelijk handelen in volle omvang en met behulp van het "normale criterium" mag worden getoetst? Denkelijk wel.

Al deze vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Het lijkt ondoenlijk, ja zelfs onmogelijk, ze zo te beantwoorden dat geen vragen overblijven. Doch de wetgever mag dit moment niet voorbij laten gaan zonder zijn licht over deze problematiek te laten schijnen. In ons rechtsbestel is het immers in principe aan de wetgever en niet aan de rechter, en nog minder aan de doctrine om het recht te maken. Dat iets meer dan niets best mogelijk is, blijkt duidelijk wanneer wij ons oog richten op de Verenigde Staten. Hoe lapidair en onbevredigend de regeling daar ook moge zijn, zij biedt ten minste enige houvast.³⁹⁾ Het moet voor Justitie mogelijk zijn - gelet op de fantastische rechtsvergelijking die op talloze plaatsen wordt bedreven - om een heel eind te komen!

Naar geldend recht nemen twee soorten "overheidshandelingen" een eigen plaats in: wetgeving en rechtspraak. Thans wordt - zeer kort gezegd - aangenomen dat wetgeving in formele zin niet onrechtmatig kan zijn,⁴⁰⁾ wetgeving in materiële zin wel.⁴¹⁾ Behoudens wellicht strijd met art. 6 Verdrag van Rome⁴²⁾ kan rechtspraak niet onrechtmatig zijn.⁴³⁾ Het komt wenselijk voor dat de wetgever zich uitspreekt over de vraag of de huidige stand der jurisprudentie zijn zegen heeft; in de rede ligt dat zulks het geval is. Ten aanzien van de onrechtmatige rechtspraak is de vraag of

het standpunt in al zijn hardheid wel gelukkig is. Hoe goed 's Hoge Raads argumenten ook zijn, het is niet altijd bevredigend dat - en met name daar wringt de schoen - tegen een notoir mal jugé niets valt uit te richten.⁴⁴⁾

Hoe het bovenstaande zij, thans bestaat over enkele aspecten van beide overheidstaken strijd. Het betreft met name het volgende:

- kan rechtspraak, die art. 6 Verdrag van Rome schendt, onrechtmatig zijn? Daarover wordt niet eenduidig gedacht.⁴⁵⁾ Er is veel voor te zeggen de vraag bevestigend te beantwoorden.
- kan de Staat aansprakelijk worden gesteld bij het zoek maken van processtukken. Daarvoor is veel te zeggen.⁴⁶⁾
- is wetgeving, die strijdt met een ieder bindend internationale regeling onrechtmatig of geldt dat slechts voor de toepassing?⁴⁷⁾ Voor beide is wat te zeggen. Art. 94 Gw ("toepassing") lijkt te pleiten voor het laatste. Het gevolg daarvan zou kunnen zijn dat hij die zich (zekerheidshalve) aan een met internationale regelingen strijdige wettelijke bepaling houdt geen schadevergoeding zou kunnen vorderen, hetgeen weinig bevredigend is. Dat pleit voor het ipso facto onrechtmatig zijn.
- kan wetgeving (in formele zin) onrechtmatig zijn wegens strijd met ongeschreven volkenrecht? Hoewel de Hoge Raad daarvan niet wil(de) weten⁴⁸⁾ zou voor bevestigende beantwoording iets te zeggen kunnen zijn.

Vragen waaraan de wetgever niet voorbij mag gaan! Ook zou aandacht besteed kunnen worden aan de vraag of de Staat aansprakelijk is wanneer een rechter, in strijd met de wet, de behandeling van zaken op de lange(re) baan schuift, hetgeen met name in art. 1639w BW-zaken niet geheel ongebruikelijk is.

Tenslotte nog een korte opmerking over "overheidshinder". Ten aanzien van het oude art. 5.1.2 lid 2 werd over van de overheid afkomstige hinder opgemerkt: "... het artikel sluit niet uit dat bij de toetsing van het bij het geval betrokken beleid van de overheid terughoudendheid betracht wordt. Rekening zou moeten worden gehouden met de beleidsvrijheid".⁴⁹⁾ Het ligt in de rede dat dit alles niet anders is geworden door art. 6.3.1.5b, dat het mogelijk

maakt - kort gezegd - hinder toe te staan, mits maar schadevergoeding wordt betaald.

7. Overeenkomsten met de overheid

Het terrein van de overeenkomsten met de overheid heeft kennelijk nooit erg tot de verbeelding van de wetgever gesproken. Ook in de parlementaire stukken van het NBW zijn opmerkingen daarover met een nachtkaaars te zoeken. Geheel onbegrijpelijk is dat niet. Met name de laatste tien jaar is dit rechtsgebied in een stroomversnelling geraakt; ten dele (mede)geïnspireerd door ontwikkelingen in het buitenland, is door een niet aflatende stroom van literatuur, gedeeltelijk gevolgd door de rechtspraak, een nieuw tijdperk aangebroken, waarin nieuwe opvattingen min of meer gemeengoed zijn geworden.

Terug naar wat de *parlementaire geschiedenis* ons leert. In de Nota algemeen belang wordt kennelijk met instemming, gewezen op de Landsmeerdoctrine.⁵⁰⁾ Heeft de overheid bij overeenkomst "afgezien van uitoefening van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid", dan kan zij deze "toch uitoefenen, indien dit door onvoorziene omstandigheden op grond van publieke belangen gerechtvaardigd wordt. Ook deze toetsing is in beginsel marginaal".⁵¹⁾

Een opening wordt gemaakt naar toepassing van de *iustum pretium* leer. Met betrekking tot art. 3.2.10 merkt Van Ryckevorsel op gelukkig met die bepaling te zijn "omdat daarmee de rechtvaardige prijs zijn intree in het burgerlijk recht zal doen". Te dien aanzien merkt Meijers op: "Wat men uit dit voorstel zal concluderen, weet ik niet, maar of een ieder die conclusie zal trekken, betwijfel ik nog. In ieder geval zullen wij het aan de rechtsontwikkeling moeten overlaten of een zo ver strekkende conclusie uit deze regeling getrokken mag worden".⁵²⁾ Weliswaar betreft het hier een algemene opmerking, doch zij zou zeer wel bijzonder reliëf kunnen krijgen voor het hier besproken onderwerp.⁵³⁾

Uiteindelijk zij nog gewezen op art. 3.2.19. Deze bepaling kan met name een rol spelen in al die gevallen waarin een besluit tot het

aangaan van een overeenkomst goedkeuring van een hoger overheidsorgaan heeft.⁵⁴⁾ Dat lijkt althans zo bedoeld te zijn.⁵⁵⁾ Naar de letter genomen mist het artikel dan toepassing. Immers: niet de rechtshandeling heeft goedkeuring, doch het besluit haar aan te gaan!⁵⁶⁾ Door partijen kan van het bepaalde in art. 3.2.19 worden afgeweken, nu het geen dwingend recht betreft.⁵⁷⁾

De zoëven gereleveerde toegenomen belangstelling voor het hier besproken onderwerp heeft zijn neerslag gevonden in het *rapport Wettelijke regeling algemene regels voor bestuursrecht*. Daarin heet het dat "denkbaar (is) dat de wet regels geeft over de gevallen waarin en de wijze waarop bestuursorganen tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen besluiten", het werd in no. 1 al gereleveerd. De werkgroep is door deze gelukkige gedachte blijkbaar zozeer in extase geraakt, dat van de weeromstuit uit het oog is verloren - een zwarte draad die door het rapport heenloopt - dat overeenkomsten door lichamen, niet door organen worden aangegaan.⁵⁸⁾

Voorts wordt gewaagd van "de op zichzelf bekende gedachte dat bestuursorganen, waar mogelijk, zich bij voorkeur dienen te bedienen van publiekrechtelijke wegen en rechtsfiguren."⁵⁹⁾

Met betrekking tot "bestuursovereenkomsten"⁶⁰⁾ wordt opgemerkt "dat de gedachtenvorming nog bij lange na niet is afgerond". Of te dier zake een wettelijke regeling moet komen wordt in het midden gelaten.

Komt het tot zo'n regeling, lijkt "de Wet algemene regels van bestuursrecht daarvoor bij uitstek een geschikte plaats ... te zijn".⁶¹⁾

Aan het volgende gaat een preliminaire vraag vooraf. Als met betrekking tot overeenkomsten met de overheid wettelijke regels worden gesteld, moet onder ogen worden gezien waar dat dient te geschieden. Zojuist bleek dat wel wordt gepleit voor opnemings daarvan in de Wet algemene regels van bestuursrecht. Daar heeft niet per se bezwaar tegen te bestaan. Doch die oplossing ligt niet aanstonds voor de hand. Het gaat hier om *privaatrechtelijke* overeenkomsten.⁶²⁾ In de rede ligt die in het B.W. te regelen.

Met betrekking tot het onderhavige onderwerp worden hierna drie "fases" besproken: precontractuele, geldigheid en uitvoering. Daarbij wordt er, gelijk dat in het voorafgaande geschiedde, vanuit gegaan dat naar komend recht aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden getoetst. Dat speelt met name een rol in de twee eerste fases.

Het navolgende biedt mede gelegenheid om op enkele punten in discussie te treden met J.A.E. van der Does⁶³⁾ en N.S.J. Koe-man.⁶⁴⁾ Beiden hebben naar aanleiding van mijn dissertatie (Van der Does ook n.a.v. die van D.A. Lubach) tal van belangrijke en inspirerende opmerkingen gemaakt.⁶⁵⁾

In de *precontractuele* fase springt het meest in het oog de vraag op welke wijze de overheid haar contractpartner moet/mag kiezen, in al die gevallen waarin het gaat om: de een of de andere. Te dien aanzien gelden verschillende "internationale regels" (EEG-richtlijnen, GATT-code) aan welke regels de Nederlandse overheid gebonden is.⁶⁶⁾ Op een enkel niet door deze regels bestreken gebied bestaan regels van "gewoon Nederlands recht".⁶⁷⁾ Vele problemen lijken daardoor opgelost. Doch dit is theorie, want bedoelde regels laboreren niet zelden aan (grote) vaagheid. Een belangrijk probleem is voorts dat de "gepasseerde" aan zal moeten tonen dat met hem ten onrechte niet is gecontracteerd. Dat bewijs zal hij niet licht kunnen leveren.

Het zojuist gesignaleerde probleem is, wederom in theorie, goed op te lossen. En wel door een heel strak systeem waarin de overheid - voor alle in geld gemeten enigszins relevante contracten - wordt verplicht te contracteren met de voordeligste aanbieder, terwijl ieder die wil mee kan dingen. *Zonder meer* voor dat systeem pleiten lijkt intussen gevaarlijk, mede in aanmerking genomen dat men daarvan in Frankrijk en België successievelijk is teruggekomen.⁶⁸⁾ Het formuleren van (meer) gedetailleerde regels (zoals bijvoorbeeld de EEG-richtlijnen en GATT-code dat doen) heeft niet op voorhand veel zin. In dit verband wijst Van der Does er terecht op dat ervaringen in het buitenland vaak leren dat de naleving problemen oplevert. "...misschien is deze materie in feite niet goed regelbaar" zo oppert hij.⁶⁹⁾ Voor zijn stellingname is nogal

wat te zeggen. Maar dat neemt niet weg dat de wetgever zich althans enigszins kan uitlaten. En wel, in dit verband, over twee vragen: welke aanbestedingsprocedure geniet de voorkeur, en: op welke wijze moet tussen gegadigden worden gekozen? Is toelaatbaar om, in (in essentie) gelijke gevallen met een ander dan de goedkoopste aanbieder te contracteren? Het antwoord zou mijns inziens ontkennend moeten luiden.⁷⁰⁾

Een zeer belangrijk punt is - het werd al gezegd - de bewijsproblemen waarin de niet-uitverkorene verkeert. Nu is heel aannemelijk dat de overheid gehouden is hem uit de doeken te doen dat en waarom hij de boot heeft gemist (het motiveringsbeginsel).⁷¹⁾ Doch, zelfs als zij dat doet, is niet op voorhand aannemelijk dat ze daarbij het achterste van haar tong laat zien. Er bestaat dus aanleiding in de wet te dezer zake regels op te nemen. En wel in die zin dat de administratie wordt verplicht alle relevante stukken - niet bevattende (bedrijfs)geheimen van anderen - desgevraagd ter inzage te geven.⁷²⁾ Of het NBW voor zo'n regeling het meest geëigend is, is zeker de vraag; het is ook niet van belang als deze materie maar wordt geregeld. Terzijde zij nog aangetekend dat de Wet openbaarheid van bestuur hier, gelet op de onbegrijpelijke⁷³⁾ rechtspraak⁷⁴⁾ van de Voorzitter Afdeling rechtspraak Raad van State geen (relevante) rol kan spelen.⁷⁵⁾

Het bovenstaande geldt mutatis mutandis voor al die gevallen waarin de overheid "aanbieder" is van schaarse goederen.⁷⁶⁾

Tenslotte nog een korte opmerking over de levering van primaire levensbehoeften. Nagenoeg algemeen wordt aangenomen dat deze in beginsel bestaat.⁷⁷⁾ Daargelaten of het NBW de plaats bij uitstek zou zijn hieromtrent iets te regelen, lijkt zulks gezien het vorenstaande onnodig. Wel wenselijk is dat des wetgever gevoelen blijft met betrekking tot heikele problematiek van levering aan krakers⁷⁸⁾ en dergelijke meer en of levering mag worden gestaakt ingeval van wanbetaling.⁷⁹⁾ Alleen al omdat hierover strijd bestaat, terwijl deze problematiek in belangrijke mate politiek gekleurd is, is het wenselijk dat de (NBW) wetgever zich uitlaat.⁸⁰⁾

Het terrein der *geldigheid* der door de overheid gesloten overeenkomsten is een van de minst toegankelijke van dit leerstuk. Inzonderheid wanneer de overheid gaat contracteren met betrekking tot bevoegdheden die zij "als zodanig" heeft (publiekrechtelijke bevoegdheden⁸¹⁾ doemt de vraag op: kan dat "zomaar"? Zonder dat die vraag daardoor geheel werd beantwoord bracht het Kruseman-arrest⁸²⁾ lang een vrij weldadige rust. Dit arrest leerde - kort gezegd - dat overeenkomsten als even bedoeld nietig zijn wanneer daaraan een wettelijk beletsel in de weg staat of de administratie, door te bedingen zoals zij deed, misbruik van bevoegdheden of een feitelijke machtspositie maakt. Het eerste gedeelte van deze regel ligt zozeer voor de hand en is in die mate gemeengoed⁸³⁾ dat codificatie niet geboden voorkomt; het tweede valt te brengen onder art. 3.2.10 lid 4.⁸⁴⁾ Naar moderne inzichten zal aangenomen moeten worden dat ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur invloed op de geldigheid kunnen hebben.⁸⁵⁾ Onder 5 bleek reeds dat zij via art. 3.1.1.15 in stelling kunnen worden gebracht. Tot zover is 's wetgevers stilzitten alleszins begrijpelijk.

De laatste jaren zijn verschillende auteurs in de ban geraakt van het Duitse recht op dit stuk, dat verstrekkende behartenswaardige en in vele opzichten duidelijke regels geeft.⁸⁶⁾ Mede daardoor geïnspireerd is de hier beschreven traag kabbelende beek der geldigheid in een stroomversnelling geraakt. Er wordt voor gepleit dat civielrechtelijk niet verboden kan worden, hetgeen publiekrechtelijk is toegestaan⁸⁷⁾; de overheid mag alleen de privaatrechtelijke route kiezen, als deze voor alle belanghebbenden dezelfde of gelijkwaardige zekerheden biedt als de publiekrechtelijke.⁸⁸⁾ Een overeenkomst behoort nietig te zijn wanneer een beschikking met gelijke inhoud dat is; bestaat aanspraak op een overheidsprestatie, dan moet bij overeenkomst niet gevorderd kunnen worden, wat via het publiekrecht onbereikbaar is.⁸⁹⁾ Verdedigd wordt ook nog dat overeenkomsten, waarbij sprake is van (grove) onevenwichtigheid tussen prijs en tegenprestatie door het nietigheidszwaard behoren te worden getroffen (evenredigheidsbeginsel).⁹⁰⁾ Hiervoor bleek reeds dat dit laatste (wellicht) strookt met de Haagse inzichten.⁹¹⁾

Of de zoëven uiteengezette "nieuwlichterij" in de rechtspraak navolging vindt is nog nauwelijks te zeggen, nu zodanige rechtspraak nagenoeg ontbreekt.⁹²⁾ De rechtspraak die er wel is, is veelal casuïstisch.⁹³⁾

Het vorenstaande brengt mee dat grote onzekerheid bestaat omtrent de inhoud van het geldend recht met betrekking tot de onderhavige materie. Dat is heel ongewenst. Reeds hierom ware zeer wenselijk wanneer de wetgever zijn licht hierover deed schijnen, in stede van hetzelfde onder de korenmaat te zetten. De recente Duitse wetgeving - hoezeer ook niet volmaakt - maakt duidelijk dat regeling, althans tot op vrij grote hoogte, alleszins mogelijk is.

Ten aanzien van overeenkomsten met de overheid is niet de onbelangrijkste vraag: in hoeverre is de overheid daaraan *gebonden*? Kan zij zich daarvan, althans onder bijzondere omstandigheden, losmaken? Naar gangbare inzichten in rechtspraak⁹⁴⁾ en literatuur⁹⁵⁾ luidt het antwoord: van een per se gebonden is geen sprake; afwijking is toegestaan, voorzover sprake is van onvoorziene omstandigheden en van een algemeen belang dat afwijking rechtvaardigt.⁹⁶⁾ Zeer algemeen wordt geoordeeld dat art. 6.5.3.11⁹⁷⁾ en 6.5.3.12⁹⁸⁾ deze benadering codificeert. De vraag rijst intussen of de Landsmeer-regel (of de daarmee overeenstemmende NBW-regeling) voldoende recht doet wedervaren aan het bijzondere karakter van overeenkomsten met de overheid.

De zoëven aangeduide vraag pleegt niet gesteld te worden. Dat toch doen, is een soort heiligschennis. Aldus wordt immers getornd aan de metafysische stelling, die de (civielrechtelijke) gemoederen in de ban houdt: de principiële gebondenheid is een onwankelbaar gegeven.⁹⁹⁾ Het krachtige dissidente geluid (mijn dissertatie)¹⁰⁰⁾ heeft geen instemming vermogen te oogsten. Voorzover thans van belang hield dit betoog in dat de administratie een veel grotere vrijheid behoeft om van overeenkomsten af te wijken. Art. 6.5.3.11 is te eng, nu dat artikel de eis van "onvoorziene omstandigheden" stelt. Nu zij aanstonds gezegd dat mijn stellingname erg ver gaat. De aangedragen tegenargumenten (vertrouwen in de overheid wordt ondermijnd, onnodig wordt voor de overheid een afzonderlijk rechtregime gecreëerd, het belang van de wederpartij

bij nakoming¹⁰¹⁾) zijn zeker niet zonder gewicht. Maar ze zijn niet aanstonds afdoende ter rechtvaardiging van handhaving van de status quo. Het is toch geenszins denkbeeldig dat het algemene belang tot afwijking noopt, zonder dat sprake is van onvoorziene omstandigheden.¹⁰²⁾ Is het dan bevredigend dat de overheid niet van de overeenkomst af kan? Dat valt allerminst zonder meer in te zien. Men kan zich niet, zoals Koeman tracht te doen¹⁰³⁾, aan beantwoording van deze vraag onttrekken met de stelling dat "in werkelijk klemmende gevallen waarin niet-naleving van een gesloten overeenkomst redelijkerwijs geboden is, ... steeds sprake (zal) zijn van de onvoorziene omstandigheden, althans van omstandigheden die door de rechter als zodanig aangemerkt kunnen worden".¹⁰⁴⁾ Deze redenering is immers te artificieel, zoals Koeman kennelijk ook wel inziet ("althans ...").

Het moge zijn, dat de voorgestelde wettelijke regeling voor veruit de meeste gevallen bevredigend is (al was het maar omdat zij aansluit op het geldende recht), er lijkt alles voor te zeggen onder ogen te zien of een kleine aanvulling niet geïndiceerd is. Bij zo'n aanvulling zou dan kunnen worden gedacht aan een bepaling als art. 60 Verwaltungsverfahrensgesetz, dat luidt: "... Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen", welke regel in Duitsland nodig wordt geoordeeld *naast* een 6.5.3.11-achtige.¹⁰⁵⁾ Uit deze bepaling volge voorts dat dissidente geluiden niet op voorhand zo vreemd zijn, als men wel eens wil doen geloven. Wie daardoor nog niet overtuigd is raadplege het Franse recht!¹⁰⁶⁾

8. Rechtmatige overheidsdaad

Aan het begin van dit artikel (sub 1 in fine) bleek dat, aanvanke-lijke aanvaarding van de rechtmatige overheidsdaad ten spijt, moet worden aangenomen dat de wetgever van erkenning van dit leerstuk, laat staan van codificatie daarvan niet wil weten.

Nu er sedert het innemen van dit standpunt veel tijd is verstreken is er aanleiding de vraag onder ogen te zien of het niet moet worden heroverwogen. Daartoe bestaat te eer aanleiding in het licht van de ontwikkelingen in de literatuur.¹⁰⁷⁾ Daarmee wil niet gezegd zijn dat schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

een taak van de burgerlijke rechter zou moeten worden; op de vraag naar de wenselijkheid daarvan wordt aan het slot ingegaan.

Alvorens de hier aan de orde gestelde problematiek nader te bespreken wordt eerst onder ogen gezien wat de wetgever los van hetgeen sub 1 werd aangehaald, ter zake te berde heeft gebracht.

In de parlementaire discussie heeft de hinder centraal gestaan. Art. 5.1.2 (thans 5.4.0 en 6.3.1.5b) werd als een species van het genus onrechtmatige overheidsdaad gezien. Een species dat con amore werd omhelsd.¹⁰⁸⁾ Enigszins verrassend lezen we:

"Ten slotte besteedt de regeringscommissaris nog aandacht aan de vraag, of door het derde lid van artikel (5.1.2) de rechtmatige overheidsdaden, die *naar huidig recht meestal niet met schadevergoeding* gepaard gaan *in de toekomst* daarentegen voor een belangrijk gedeelte *wel* tot *schadevergoeding* zullen leiden. Hij kan deze vraag *slechts in zoverre bevestigend* beantwoorden dat, als het om gevallen gaat, waarin de hinder inderdaad volgens art. 6.3.1.1 onrechtmatig zou zijn ... de hier bedoelde rechtmatige overheidsdaden inderdaad tot schadevergoeding zullen leiden ..."¹⁰⁹⁾ (curs. JS)

Het is duidelijk dat de regeringscommissaris hier in zijn eigen netten verstrikt is geraakt. Recht- en onrechtmatige daad worden op niet goed begrijpelijke wijze dooreen gehutseld. Hoe dat zij, de teneur der beschouwing lijkt duidelijk: hinder zal eerder onrechtmatig zijn.¹¹⁰⁾

Voorts merkt de regeringscommissaris op dat de voorgestelde regeling geen baat kan brengen bij tijdelijke wegopbreking of definitieve verlegging; dan is immers van "hinder" geen sprake.¹¹¹⁾ Zoals bekend is de bepaling van art. 5.1.2 lid 3 verhuist naar art. 6.3.1.5b welk artikel een algemeen karakter heeft. Daaruit af te leiden dat de zojuist bedoelde gevallen thans wel tot schadevergoeding aanleiding kunnen geven lijkt een te gewaagde veronderstelling.

Dat spreekt te sterker wanneer we bedenken dat de wetgever in feite op twee gedachten hinkt. Al zijn, op zich boeiende en belangwekkende, beschouwingen over de rechtmatige overheidsdaad zijn *strikt genomen* onbegrijpelijk en/of irrelevant. Naar NBW

blijft, ook ingeval van hinder, vereist dat sprake is van een *onrechtmatige overheidsdaad*. Art. 5.4.0 laat wat dat aangaat niet aan duidelijkheid te wensen over. In werkelijkheid is het door de wetgever te berde gebrachte allerminst irrelevant. Kennelijk wil hij dit zeggen: hetgeen in het algemeen belang vereist is moet niet verboden kunnen worden. Is die dreiging eenmaal van de baan dan kan de omstandigheid dat sprake is van een handeling, geboden door het algemeen belang, meebrengen dat schadevergoeding moet worden betaald, zonder dat van eigenlijk gezegd *onrechtmatig handelen* kan worden gesproken.

Deze benadering - die op onjuiste wijze in de wet is verankerd - sluit zeer nauw aan bij die van het Voorst Stroom VII arrest.¹¹²⁾

Is de zojuist geuite veronderstelling juist, dan ligt in de rede dat de redenering in meer algemene zin kan worden toegepast. Dan is, zonder nadere toelichting, niet in te zien waarom deze benadering alleen voor hinder zou moeten gelden. Dogmatisch is dat - nog afgezien van het feit dat de dogmatiek hier toch al geweld aan wordt gedaan - onverklaarbaar, naar resultaat is het onwenselijk. De voorlopige conclusie luidt tweëerlei: het is zeer gewenst dat de wetgever aangeeft of de zojuist omschreven veronderstelling (die vooralsnog weinig is omljnd) juist is. Voorts ziet hij onder ogen of een ruimhartiger regeling van (wat in feite is) de rechtmatige daadproblematiek niet gewenst is.

Naast hinder zijn er, zoals in het voorafgaande al werd opgemerkt, meer gevallen waarin schade wordt geleden doordat de overheid in het algemeen belang bepaalde handelingen verricht of juist nalaat. De problematiek der wegopbrekingen is daarvan een belangrijk voorbeeld. Naar geldend recht zal dan niet licht aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen.¹¹³⁾ In België¹¹⁴⁾ en Frankrijk ligt dat bijvoorbeeld anders.¹¹⁵⁾ Een ander voorbeeld zou schade, geleden door het niet (adequaat) optreden bij rellen kunnen zijn, een problematiek die jammergenoeg actueel is.¹¹⁶⁾

Het is op deze plaats zinvol noch doenlijk om te trachten een enuntiatievere opsomming te geven. Te minder omdat rechtsvergelijking met Frankrijk - waar schadevergoeding bij rechtmatige

overheidsdaad in beginsel aanvaard is - leert dat een opsomming zou bestaan uit een samenraapsel van "specieusiteiten".¹¹⁷⁾ Getracht moet worden een algemene regel te vinden, waardoor recht kan worden gedaan aan het brede scala gevallen dat zich voordoet. Voor de hand ligt dan aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat die dit leerstuk in belangrijke mate gestalte heeft gegeven. De Raad overwoog in Manufactures et Machines du Haut-Rubin:¹¹⁸⁾ "La responsabilité de la puissance publique peut se trouver engagé, même sans faute, sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques au cas ou une mesure légalement prise a pour effect d'entraîner au détriment d'une personne ... un préjudice spécial et d'une certaine gravité".¹¹⁹⁾

Het lijkt uiterst wenselijk dat de wetgever zich uitlaat over de vraag of hij deze of een soortgelijke bepaling *in recht* wil transformeren. Dat geschiede idealiter door het ontwerpen van een wettekst. Doch wanneer hij daarvoor terugschrikt zou hij zich erover kunnen uitlaten of dit of een dergelijk principe door de rechter behoort te worden toegepast. Het voordeel daarvan is evident: in schrijnende gevallen kan de gedupeerde schadeloos worden gesteld, zonder dat men zich behoeft te behelpen met "schijnconstructies", zoals dat in Voorste Stroom VII geschiedde.¹²⁰⁾ Bovendien: het art. 6.3.1.5b-fundament is zonder nader wettelijke steun zo wankel dat alleen in uiterst schrijnende gevallen, zonder dat van eigenlijk onrechtmatig handelen sprake is, hulp van de rechter kan worden verwacht.

Wordt het beginsel van schadevergoeding bij rechtmatige daad eenmaal aanvaard, zijn de problemen niet geheel opgelost. Bezien moet dan nog worden of *volledige* schadevergoeding geïndiceerd is, of slechts een of andere vorm van "tegemoetkoming", in essentie het stelsel van art. 49 WRO.¹²¹⁾

Slot

De verhouding tussen de overheid en haar "onderdanen" is belangrijk. En wel in die mate dat niet te rechtvaardigen is een zo gewichtig onderwerp ongeregeld te laten. Ongeregeld dan in die

zin, dat men zich moet behelpen met de gewone regels, die uit hun aard niet zonder meer op het ongewone toepasbaar zijn. Het moge zijn dat veruit de meeste gevallen aan de hand van het komend recht bevredigend kunnen worden opgelost, dat zal niet steeds gelden. Alsdan kan de regelloosheid die de wetgever heeft geschapen tot onverwachte en ongewilde situaties leiden, zelfs tot een zekere "balorigheid" bij de rechter die de normale regels toepast met de stelling: de wetgever heeft me niet anders ter beschikking gesteld. In een tijd van stakingen van overheidspersoneel is duidelijk gebleken tot welke verdrietige consequenties zulks kan leiden.

In het toneelstuk Becket geeft Anouilh de (toen nog) grootzegelbewaarder Becket de volgende cynische visie op overheidsbestuur in de mond "Et si je vous apprenais que gouverner cela peut être aussi amusant qu'une partie de cricket ...". In Beckets opmerking ligt (nog een andere) waarheid verscholen: men zal niet licht een partij cricket ongeregeld laten!

Noten

- 1) Blz. 10. Zie, ook voor verdere literatuur, Contractenrecht VIII (Spier), no. 17.
- 2) De relatief belangrijkste is vermoedelijk te vinden in de Nota Algemeen Belang, van Zeben, Du Pon en Olthof, Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, boek 5, blz. 58.
- 3) Zie uitvoerig Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 599 e.v. en J. Spier, Onrechtmatige Overheidsdaad, blz. 91 e.v.
- 4) Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 600.
- 5) Idem, blz. 601.
- 6) Idem, blz. 601 en Wttewaal van Stoetwegen, blz. 603/4 en instemmend de regeringscommissaris, Meijers, blz. 604.
- 7) Idem, blz. 621.
- 8) Idem, blz. 622.
- 9) Memorie van Toelichting op de Invoeringswet boeken 3-6, vierde gedeelte, blz. 12. Zie nader E.J. Dommering, Mon. NBW, blz. 69-70 en Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 93-94.

- 10) Boek 5, blz. 45 e.v.
- 11) Idem, blz. 45.
- 12) Idem, blz. 52.
- 13) Idem, blz. 55. Dit betoog is niet goed begrijpelijk. Niet duidelijk wordt waarom sprake zou (kunnen) zijn van vergoeding van schade bij *rechtmatige* daad, wanneer de gedraging *onrechtmatig* is.
- 14) Zie, bijvoorbeeld, Contractenrecht, t.a.p., no. 1, Onrechtmatige Daad VII (Polak, voorheen van Baalen-Rueb, later de Planque) no. 222, J. Spier, Overeenkomsten met de overheid met name, blz. 12 e.v. en Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 1 e.v., 27 e.v., 71 e.v. en 99 e.v. en aldaar genoemde literatuur.
- 15) Mej. Tenderloo, bij de behandeling van titel 6.3, Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 603.
- 16) Al werd dit alleen betoogd t.a.v. de onrechtmatige overheidsdaad.
- 17) Aldus bijv. A.R. Bloembergen: Contracten met de overheid, blz. 3, en Overeenkomsten met de overheid, blz. 9.
- 18) D.A. Lubach, Beleidsovereenkomsten, blz. 10-11, Overeenkomsten met de Overheid, blz. 9-10. Zie over overheidsbedrijven uitvoerig: P. de Haan c.s., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, blz. 99 e.v. en H.J. de Ru, Staatsbedrijven en Staatsdeelnemingen. Zie verder Contractenrecht VIII no. 5.
- 19) Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 729.
- 20) Zie uitvoerig ook voor literatuur en rechtspraak, Onrechtmatige Daad VII, no. 136, 139, 141, 150b en 152-155b, en Contractenrecht VIII, no., 3, 21, 61 en 118.
- 21) Zie bijvoorbeeld Onrechtmatige overheidsdaad no. 22 en daar nader genoemde literatuur en Overeenkomsten met de overheid no. 8.
- 22) Overeenkomsten met de overheid, blz. 15.
- 23) Idem, Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 74-75 en, doch iets voorzichtiger, F.H. van der Burg en G.J.M. Cartigny, Rechtsbescherming tegen de overheid, 4e dr., blz. 158.
- 24) WPNR 5637, blz. 38.
- 25) Memorie van Toelichting Invoeringswet boeken 3-6 (vierde gedeelte) blz. 12.
- 26) Zie voor het geldend recht zeer uitvoerig en met zeer veel relevante literatuur en rechtspraak Onrechtmatige Daad VII en

voor een vrij summiere inleiding J. Spier, Onrechtmatige overheidsdaad blz. 27-91.

- 27) Onrechtmatige Overheidsdaad, blz. 91-94.
- 28) Parlementaire geschiedenis, boek 3, blz. 153.
- 29) Het algemene gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, blz. 387.
- 30) Parlementaire geschiedenis, boek 6, blz. 620.
- 31) Idem, blz. 621.
- 32) Idem, blz. 601 (MvA) en 625 (Rapport aan de Koningin).
- 33) Idem, blz. 600 (VV), blz. 600 (MvA).
- 34) Idem, blz. 601 (MvA), blz. 621 (RvS).
- 35) Idem, blz. 625.
- 36) M.i. gaan de beginselen op in de "maatschappelijke zorgvuldigheid", Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 78 en NJB 1981, blz. 855.
- 37) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 59.
- 38) Idem, blz. 49.
- 39) Zie art. 2680 Federal torts claims act en daarover bijvoorbeeld C.O. Gregory, H. Kalven Jr., R.A. Epstein, Cases and materials on Torts, 3e dr. blz. 29 e.v.
- 40) Hof 's-Gravenhage, 8 december 1955, NJ 1956, 120.
- 41) HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 HD en HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 M.S.
- 42) Zie nader Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 48.
- 43) HR 3 december 1971, NJ 1972, 137 GJS en 17 maart 1978, NJ 1979, 304 MS.
- 44) In Frankrijk is de Staat aansprakelijk ingeval van "fonctionnement défectueuse des services de la justice", wanneer sprake is van "une faute lourde" (art. 11 wet van 5 juli 1972, zie hierover G. Védel en P. Delvolvé, Droit administratif, 7e dr. blz. 553 e.v.
- 45) Ja J.H.W. Blomkwist, AA 1972, blz. 288, voorzichtiger G.J. Scholten (NJ-noot 1972, 137).
- 46) Aldus ook C.J. van Zeben, van Opstall-bundel, blz. 214/5.
- 47) Hofmann-Drion-Wiersma blz. 238, anders Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 44.

- 48) HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2 DJV.
- 49) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 59.
- 50) HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202; voorts wordt nog gewezen op het Tripels arrest (HR 20 februari 1953, NJ 1954, 3). Deze verwijzing is minder gelukkig. Zie Overeenkomsten met de overheid, blz. 142, noot 22.
- 51) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 58.
- 52) Idem, boek 3, blz. 208.
- 53) Zie nader Overeenkomsten met de overheid, a.w. no. 68.
- 54) Zie daarover Contractenrecht VIII, no. 30 e.v.
- 55) Zie Voorlopig Verslag, Parlementaire geschiedenis, boek 3, blz. 246.
- 56) Zie bijvoorbeeld de in Contractenrecht VIII, no. 33 genoemde wettelijke bepalingen.
- 57) Parlementaire geschiedenis, boek 3, blz. 246/7.
- 58) Dit misverstand heerst in administratiefrechtelijke kringen wel vaker. Zie J. Spier, NJB 1982, blz. 905.
- 59) Rapport, blz. 14.
- 60) Waaronder "overeenkomsten tussen overheidsorganen en burgers omtrent de uitoefening van aan die organen toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden" worden verstaan. blz. 18.
- 61) Rapport blz. 18.
- 62) Anders dan in bijv. Frankrijk en Duitsland is het fenomeen publiekrechtelijke overeenkomst te onzent nauwelijks bekend. Zie voor Nederland Contractenrecht VIII, no. 10 e.v., voor Frankrijk Overeenkomsten met de overheid, no. 79 en Duitsland, idem no. 62 e.v. en D.A. Lubach, a.w. blz. 18 e.v. en t.a.p. nader genoemde literatuur.
- 63) WPNR 5637.
- 64) RMTh 1982, blz. 395-399.
- 65) In verband hiermee wordt hierna soms een standpunt ingenomen dat alleen dat van de betrokken auteur is.
- 66) Zie uitvoerig Overeenkomsten met de overheid, blz. 28-40 en Contractenrecht VIII, no. 24.
- 67) Contractenrecht t.a.v. no. 24.
- 68) Overeenkomsten met de overheid, blz. 65-74 (Frankrijk) en 74-85 (België).

- 69) WPNR 5637, blz. 38.
- 70) Zie uitvoerig Overeenkomsten met de overheid blz. 46-64 en 85-94; zie voor literatuur en rechtspraak ook Contractenrecht VIII, no. 22 en 23.
- 71) Overeenkomsten met de overheid, no. 12, 28 en 43.
- 72) In België waar de Raad van State oordeelt over beroepen ten deze, moet het gehele dossier aan de Raad ter beschikking worden gesteld, idem no. 37 en noot 349 en 350 en no. 44.
- 73) J. Spier NJB 1982, blz. 904-5.
- 74) 1 december 1981, AB 1982, 145 P.J. Stolk. Zie verder Contractenrecht VIII, nr. 153.
- 75) Iets optimistischer, J.A.E. van der Does, WPNR 5637., blz. 38/9.
- 76) Daarover: Overeenkomsten met de overheid, blz. 100-107, Contractenrecht VIII 144 en daar genoemde literatuur en J. Spier en C.J.J.M. Stolker, BR 1981, blz. 315-321.
- 77) Contractenrecht VIII, no. 25.
- 78) Zie onder meer de in Contractenrecht VIII, no. 25 genoemde rechtspraak, zomede Overeenkomsten met de overheid, blz. 98.
- 79) Contractenrecht VIII, no. 114a.
- 80) In kamerstuk 17 100, XIII, nr. 69 wordt te dezen zake wel het een en ander opgemerkt. In Contractenrecht VIII, no. 114a worden de meest relevante passages geciteerd.
- 81) Zie nader Contractenrecht VIII, no. 60.
- 82) HR 13 april 1962, NJ 1964, 366 HB. Zie voor verdere rechtspraak Contractenrecht VIII, no. 63-83.
- 83) Contractenrecht VIII, no. 61, sub 1.
- 84) Eender D.P. Ruitenga, diss. Amsterdam 1982, blz. 189.
- 85) Contractenrecht VIII, no. 61, sub 3.
- 86) Zie bijvoorbeeld D.A. Lubach, a.w. Hoofdstuk 2, m.n. blz. 50-60, Overeenkomsten met de overheid, blz. 124-130 en W. Konijnenbelt, preadvies NJV 1980, blz. 108-115.
- 87) J.H.W. de Planque, BR 1980, blz. 78.
- 88) Idem, blz. 81 en bijv. Overeenkomsten met de overheid, nr. 67 en A.R. Bloembergen, Contracten met de overheid, blz. 36. Zie over deze problematiek nog N.S.J. Koeman, RMT 1982, blz. 397.

- 89) Overeenkomsten met de overheid, nr. 66 en D.A. Lubach a.w. blz. 147 e.v. Koeman is het hier niet mee eens, kennelijk omdat hij meent dat de overheid aldus door haar wenselijk geachte en door de rechtspraak aanvaarde (?) overeenkomsten niet langer zou kunnen sluiten, RMTh 1982, blz. 397.
- 90) Overeenkomsten met de overheid, nr. 60 en 68, Mon. NBW-A7 (Dommering) blz. 43/4 en D.P. Ruitenga, a.w. blz. 188 noot 107.
- 91) Zie noot 52 en de daarbij behorende tekst.
- 92) Een schaarse uitzondering: Voorz. Afd. rechtspraak 4 februari 1982, AB 1982, 263 CLR, Hof Leeuwarden 23 maart 1983, BR 1983, blz. 629, AB 1983, 336.
- 93) Zie bijv. Hof Arnhem 7 oktober 1981, BR 1982, 149.
- 94) Duidelijk HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202 en 204 JHB; zie voor verdere rechtspraak Contractenrecht VIII, no. 109 e.v. en voor een analyse van recentere rechtspraak Overeenkomsten met de overheid no. 73, waarover J.A.E. van der Does, WPNR 5637, blz. 41/2.
- 95) Zie Contractenrecht VIII, no. 104-106.
- 96) Hier is de juiste benadering gevolgd van Van der Does (t.a.p.): in de Landsmeearresten hebben zowel de principiële gebondenheid als de vrijheid der overheid hun plaats gekregen.
- 97) Bijvoorbeeld J.A.E. van der Does, t.a.p. blz. 42, N.S.J. Koeman, RMTh 1982, blz. 398 en Overeenkomsten met de overheid, no. 78.
- 98) N.S.J. Koeman, t.a.p.
- 99) Zie uitvoerig Overeenkomsten met de overheid, no. 69 en 87 e.v.
- 100) Idem, no. 89 e.v.
- 101) N.S.J. Koeman, t.a.p. blz. 398 en J.A.E. van der Does, t.a.p. blz. 42/3.
- 102) Kwalitatieve verbintenissen blijven hier verder onbesproken; ten aanzien daarvan geldt dit vereiste niet, naar Koeman t.a.p. terecht signaleert.
- 103) t.a.p.
- 104) Van der Does lijkt dit terecht, zij het voor een beperkte groep gevallen, ook wel te erkennen, t.a.p. blz. 43.
- 105) Zie nader, ook voor literatuur, D.A. Lubach, a.w. blz. 66-72.

- 106) Zie daarover Overeenkomsten met de overheid, no. 79-86. Anders kennelijk België, Fr. E. de Visschere, Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur, blz. 18-19, daargelaten dat in veel overeenkomsten een wijzigings-clausule voorkomt: M.A. Flamme, A. de Grand Ry en P. Mattheï, Praktisch Commentaar, blz. 463.
- 107) Zie, onder veel meer, Onrechtmatige Daad VII, no. 222, Praktijkboek Administratief recht XVI (Meijer) 9.4, P. de Haan c.s., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, blz. 456-473, A.Q.C. Tak, NJB 1980, blz. 653-677 en Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 99-104. Zie ook nog E.A. Wilbers WPNR 5679/81. Wilbers baseert zich m.i. op een niet geheel juiste lezing van de parlementaire geschiedenis. Mede gelet op het door hem op blz. 46 geopperde is niet goed in te zien dat het door hem aangevoerde echt een verbetering is.
- 108) Parlementaire geschiedenis, boek 5, blz. 52.
- 109) Idem, blz. 55.
- 110) "lijkt", want het slot van de geciteerde volzin zou weer in andere richting kunnen wijzen, in welk geval de beschouwing nog ondoorzichtiger wordt.
- 111) Idem, blz. 55.
- 112) HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 PhANH. Zie over dat arrest met name de noot van Houwing en J. Drion, AA II blz. 96 e.v. Zie verder bijv. Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 83 e.v. en 102.
- 113) Onrechtmatige daad VII, no. 121-122, behoudens bijzondere omstandigheden, no. 241.
- 114) Hof van Beroep Antwerpen, 20 december 1976, RW 1976/77, blz. 2156-2157.
- 115) Conseil d'Etat, 6 maart 1970, AJDA (Actualité juridique, Droit Administratif) 1970, 706. Ville de Paris c. Marmuse.
- 116) Zie hierover J. Spier en C.J.J.M. Stolker, NJB 1983, blz. 50-52, daarover F.P.M. Willemse, blz. 283-284, A.H.B. van Vleuten, blz. 284, waarover weer blz. 284-285.
- 117) Zie uitvoeriger G. Védél, a.w. blz. 485 e.v. (een van de meest heldere boeken over het Franse administratief recht) en A. de Laubadère Traité de droit administratif, deel I no. 1222 e.v. (8e dr.), zomede J.L. de Corail en X en B Delcros, la responsabilité administrative, blz. 22 e.v.
- 118) 29 juni 1962 Recueil Lebon 1962, blz. 432, ook uitvoerig geciteerd in J.L. de Corail, a.w. blz. 29.
- 119) Zie hierover uitvoerig G. Védél, a.w. blz. 492 e.v.
- 120) Althans naar gangbare doch door mij niet onderschreven inzichten. Zie Onrechtmatige overheidsdaad, blz. 84 e.v.

Eender C.J.J.C. van Nispen, Het rechterlijk verbod, no. 196.

- 121) Zie daarover uitvoerig G.J. de Groot, Vergoeding van plan-
schade.

HET INTERNATIONALE GELDINGSBEREIK VAN AFDELING 6.5.2A
NIEUW BW INZAKE ALGEMENE VOORWAARDEN

Mr dr P. Vlas

1. Inleiding

In de internationale handelspraktijk wordt veelvuldig gecontracteerd op de voet van algemene voorwaarden van één der contractspartijen, zoals zulks ook bij puur nationale overeenkomsten (die uitsluitend met één rechtsstelsel zijn verbonden) regelmatig het geval is. De algemene voorwaarden die voor het internationale contract worden gebruikt, bevatten meestal een arbitrage- of forumkeuzeclausule, waarin een of meer arbiters resp. een bepaalde rechter bevoegd wordt verklaard kennis te nemen van de eventuele geschillen die naar aanleiding van de overeenkomst tussen partijen zullen rijzen, alsmede een clausule met betrekking tot het op de overeenkomst van toepassing zijnde materiële recht. In het vervolg van dit opstel zal voornamelijk de rechtskeuzeclausule in de beschouwingen worden betrokken¹⁾, mede in het licht van de voorgestelde regeling omtrent algemene voorwaarden in het Nieuwe BW.

Op 28 juli 1981 werd bij de Tweede Kamer ingediend het ontwerp Invoeringswet Boeken 3-6 NBW (tweede gedeelte) handelend over algemene voorwaarden, Afdeling 6.5.2A (Kamerstuk 16983). Art. 6.5.2A.13 regelt de toepasselijkheid van deze afdeling op overeenkomsten met een internationaal karakter. Art. 6.5.2A.13 is om meerdere redenen interessant. In de eerste plaats is deze bepaling het enige artikel in het Nieuwe BW dat rechtstreeks betrekking heeft op het internationaal privaatrecht (i.p.r.). In de tweede plaats kan art. 6.5.2A.13 onder bepaalde omstandigheden ertoe leiden, dat ondanks rechtskeuze door partijen voor ander dan Nederlands recht toch afdeling 6.5.2A toepasselijk wordt. Ook het door de objectieve verwijzingsregel aangewezen buitenlandse recht, dat bij gebreke van rechtskeuze toepasselijk is, kan door art. 6.5.2A.13 in de daarvoor in aanmerking komende gevallen opzij worden gezet. Internationaal beschouwd, bevat afdeling 6.5.2A 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' - voorrangsg-

regels -, waarvan het internationale geldingsbereik ('scope') door art. 6.5.2A.13 wordt afgebakend.

Alvorens op dit artikel nader in te gaan, zal eerst enige aandacht worden besteed aan rechtskeuze en voorrangsregels in het geldend i.p.r.

2. Met 'Alnati' naar Rome!

Sinds het standaardarrest van de Hoge Raad van 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3 (Alnati) staat in het Nederlandse internationaal-privaatrechtelijke overeenkomstenrecht onomstotelijk vast, dat partijen de vrijheid hebben het toepasselijke recht op hun overeenkomst te kiezen. Door een rechtskeuze wijken partijen af van het recht dat zonder die rechtskeuze krachtens de objectieve conflictregel op hun overeenkomst van toepassing zou zijn geweest. Wordt slechts afwijking van de aanvullende bepalingen van dit door de objectieve verwijzingsregel aangewezen recht toegestaan, dan spreekt men wel van een materieelrechtelijke rechtskeuze. Zo is in art. 4 van de Eenvormige Wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (LUVI) bepaald, dat partijen de LUVI op hun overeenkomst ook van toepassing kunnen verklaren, indien de LUVI niet reeds op grond van art. 1 van toepassing is, doch 'een en ander echter alleen in zoverre deze wet niet in strijd is met bepalingen van dwingend recht die van toepassing zouden zijn, wanneer partijen de eenvormige wet niet hadden gekozen.'²⁾

Rechtskeuze kan niet plaatsvinden, indien een dwingende conflictregel zich daartegen verzet. Als voorbeeld kan thans dienen art. 467a K, welk artikel de werkingsomvang aangeeft van het Gewijzigd Cognossementsverdrag (Hague-Visby Rules). Dit artikel geeft aan dat onder bepaalde voorwaarden voor het zeevervoer onder cognossement de Hague-Visby Rules gelden en niet de bepalingen van een eventueel door partijen gekozen rechtsstelsel.³⁾

Voorts kan de rechtskeuze worden doorkruist door voorrangsregels 'van bijzonder dwingend recht' ('règles d'application immédiate'). Dit zijn regels die zich aan het conflictenrechtelijke systeem onttrekken en afhankelijk van hun eigen werking toepassing claimen. Veelal betreft het regels met een 'semi-publiekrechtelijk' karakter, die zich bevinden in het 'grijze' grensgebied tussen publiek- en privaatrecht.⁴⁾ Men denke aan deviezenbepalingen, in-

en uitvoerbepalingen, regels met betrekking tot arbeidsomstandigheden en 'tot bescherming van de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt', etc. Het klassieke voorbeeld is in dit verband art. 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA), waarin is bepaald dat voor ontslag de toestemming vereist is van de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau. De Hoge Raad heeft reeds in het arrest van 5 juni 1953, *NJ* 1953, 613 (Melchers) beslist, dat de stelling dat art. 6 BBA van toepassing is op iedere arbeidsovereenkomst welke door Nederlands recht wordt beheerst, 'in haar algemeenheid niet juist is'. In casu was art. 6 BBA niet van toepassing, hoewel Nederlands recht de arbeidsovereenkomst voor het overige wèl beheerste. De conflictregel ad hoc ('scope rule'), die de werkingsomvang van art. 6 BBA aangeeft, is door de Hoge Raad geformuleerd in zijn arrest van 8 januari 1971, *NJ* 1971, 129 (Mackay I): art. 6 BBA is 'een voorschrift ter regeling van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder van de Nederlandse arbeidsmarkt'.⁵⁾

Lagen voorrangsregels oorspronkelijk op het terrein van het sociaal-economisch ordeningsrecht, langzamerhand is een proces op gang gekomen, waarbij ook privaatrechtelijke regels zich aan de 'gewone' conflictregel onttrekken en hun eigen internationale geldingsbereik afbakenen.⁶⁾ Bij een internationale echtscheiding wordt op de vordering inzake het voortgezet gebruik van de echtelijke woning steeds Nederlands recht (art. 165 Boek 1 BW) toegepast, omdat de woning in Nederland is gelegen.⁷⁾ Het doet hierbij niet ter zake, dat op de internationale echtscheiding zelf Nederlands recht eventueel niet toepasselijk is. Ook zijn in de rechtspraak beslissingen te vinden, waarbij bepalingen van Nederlands bewijsrecht⁸⁾ en van Nederlands rechtspersonenrecht⁹⁾ als voorrangsregels van toepassing worden verklaard. Het hierboven genoemde wetsontwerp inzake algemene voorwaarden met zijn art. 6.5.2A.13 getuigt eveneens van deze ontwikkeling: *privaatrechtelijke* regels van afd. 6.5.2A zetten zich dwars door de *lex causae* van het contract heen.

Behoort de Nederlandse rechter behalve met 'eigen' voorrangsregels, ook rekening te houden met buitenlandse voorrangsregels? Voor toepassing van deze 'derdelandsnormen' heeft de Hoge Raad in het Alnati-arrest de mogelijkheid geschapen:

'dat het met betrekking tot overeenkomsten als waarvan hier sprake is weliswaar kan voorkomen dat voor een vreemde Staat bij de inachtneming van bepaalde van die Staat afkomstige voorschriften ook buiten zijn territoir zo grote belangen zijn betrokken dat ook de Nederlandse rechter daarmee behoort rekening te houden en daarom aan de toepassing van die voorschriften voorrang moet geven boven het door pp. bij de desbetreffende overeenkomst gekozen van een andere Staat afkomstig recht, (...)'¹

In de casus van het Alnati-arrest werd 'derdelandsrecht' echter niet toegepast: het Belgische recht (krachtens een Belgische conflictregel dwingend van toepassing op de onderhavige overeenkomst tot vervoer van goederen met het m.s. Alnati van Antwerpen naar Rio de Janeiro) was niet zo belangrijk, dat het gekozen Nederlands recht daarvoor zou moeten wijken.

De Hoge Raad heeft met de geciteerde overweging ongetwijfeld baanbrekend werk verricht, hoewel het vooralsnog in de rechtspraak nimmer tot toepassing van derdelandsnormen dwars door de *lex causae* heen is gekomen. In het arrest van de HR van 12 januari 1979, *NJ* 1980, 526 (Antilliaanse huis) kon het Surinaamse deviezenrecht zich niet zetten door het Nederlands-Antilliaanse recht, dat op een koopovereenkomst met betrekking tot een op de Ned. Antillen gelegen onroerend goed toepasselijk was.¹⁰⁾

In het vonnis van de Pres. Rb. 's-Gravenhage van 17 september 1982, *RvdW/KG* 1982, 167 (Sensor) kwam de vraag aan de orde of de Amerikaanse exportbeperkende maatregelen in verband met de aanleg van aardgaspijpleiding van Siberië naar West-Europa inbreuk konden maken op het Nederlandse recht, dat in casu op de overeenkomst toepasselijk was. Deze vraag werd ontkennend beantwoord: de overeenkomst vertoonde geen 'genoegzame aanknopingspunten' met de Verenigde Staten om de 'Export Administration Regulations' toe te passen.¹¹⁾

De vraag naar de doorzettingkracht van derdelandsnormen is niet beperkt gebleven tot het overeenkomstenrecht, maar is ook gerezen in het kader van een internationale onrechtmatige daad¹²⁾ en op het terrein van de erkenning van buitenlandse voorrechten op goederen.¹³⁾ In deze uitspraken is het evenmin tot toepassing van de buitenlandse voorrangregels gekomen.

Terugkerend naar het Alnati-arrest kan men zich afvragen of het scheppen van de mogelijkheid derdelandsnormen toe te passen een storm in een glas water is geweest. Wat hiervan ook zij,

onmiskenbaar is, dat deze storm ook in Rome heeft gewaaid. De hierboven aangehaalde overweging uit het Alnati-arrest heeft ten grondslag gelegen aan art. 7 lid 1 van het EEG Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.¹⁴⁾ Dit verdrag is op 19 juni 1980 te Rome tot stand gekomen, doch nog niet in werking getreden. De verwachting is dat het verdrag binnen niet al te lange tijd in werking zal treden. In de Nederlandse jurisprudentie wordt in toenemende mate op het verdrag geanticipeerd, vooral omdat de hierin opgenomen conflictregels grotendeels overeenstemmen met de commune Nederlandse i.p.r.¹⁵⁾ Het verdrag stelt rechtskeuze voorop (art. 3) en past bij gebreke daarvan de wet van de nauwste band toe, hetgeen vermoed wordt te zijn de wet van het land van de woonplaats (bij rechtspersonen: de plaats van vestiging van het hoofdbestuur) van degene die de voor de overeenkomst karakteristieke prestatie moet verrichten (art. 4).

Wordt de overeenkomst evenwel gesloten in de uitoefening van het beroep of het bedrijf van deze partij, dan is toepasselijk de wet van het land waar zich de hoofdvestiging van deze partij bevindt, of indien de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht, de wet van het land waar deze andere vestiging zich bevindt.

In de artikelen 5 en 6 van het verdrag wordt een conflictregel gegeven voor 'door consumenten gesloten overeenkomsten' resp. voor 'individuele arbeidsovereenkomsten'. Deze artikelen ademen de geest van bescherming van de 'zwakkere partij' en wijken af van ons commune i.p.r.¹⁶⁾ door slechts materieelrechtelijke rechtskeus toe te staan. De consument kan ondanks rechtskeuze niet de bescherming verliezen 'welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft', mits aan bepaalde in art. 5 lid 2 nader genoemde voorwaarden is voldaan. Ook de werknemer kan ondanks een ander gekozen recht toch niet de bescherming verliezen van de dwingende bepalingen van het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn (dat is het recht dat door de objectieve verwijzingsregel wordt aangewezen).

Vervolgens vindt men in art. 7 de mogelijkheid geopend om rekening te houden met 'bepalingen van bijzonder dwingend recht':

- '1. Bij de toepassing van dit Verdrag van het recht van een bepaald land kan gevolg worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van het recht van een ander land waarmede het geval nauw is verbonden, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van dit laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien.
2. Dit Verdrag laat de toepassing onverlet van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen'.(17)

In verband met het feit dat door enige delegaties, waaronder die van Groot-Brittannië, de vrees werd geuit, dat art. 7 lid 1 tot rechtsonzekerheid zou leiden, is in art. 22 de mogelijkheid geopend een voorbehoud van niet-toepassing van art. 7 lid 1 te maken.¹⁸⁾

Van Hecke ziet het beginsel van art. 7 lid 1 als 'een doos van Pandora (...) waarvan de geesten aan contractanten, die graag van hun overeenkomst zouden loskomen, de moed zullen inblazen om het toch maar eens in rechte te proberen'.¹⁹⁾ Nog zwaardere woorden zijn recentelijk door *Cohen Henriquez* gebezigd, die in art. 7 lid 1 'een ontwrichtende factor in het interne privaatrechtelijke rechtsverkeer van elke Staat' ziet en zelfs spreekt over 'een monster van Loch Ness, dat niemand kent en iedereen bang maakt'.²⁰⁾

In het wetsvoorstel inzake algemene voorwaarden heeft men gemeend eventuele te rijzen rechtsonzekerheid aangaande het internationale geldingsbereik daarvan te moeten voorkomen door het opnemen van art. 6.5.2A.13. De M.v.T. (16983, nr. 3, blz. 66) verwijst hiervoor naar het *Alnati*-arrest en art. 7 van het EEG Overeenkomstenverdrag. De Regering heeft zich niet door 'het monster van Loch Ness' laten afschrikken. De vraag is nu of ons slechts 'de Hoop' rest, die aan de rand van de doos van Pandora bleef hangen?

3. Het internationale geldingsbereik krachtens art. 6.5.2A.13

Art. 6.5.2A.13 luidt in het voorstel van de Regering, zoals dit op het moment van het schrijven van dit opstel (januari 1985) ter tafel ligt, als volgt:

1. Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die beide in Nederland gevestigd zijn, is deze afdeling van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.
2. Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beide in Nederland gevestigd zijn, is deze afdeling niet van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.
3. Een partij is in de zin van de leden 1 en 2 in Nederland gevestigd, indien haar hoofdvestiging, of, zo de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht, deze andere vestiging zich in Nederland bevindt.
4. Op overeenkomsten tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is, indien de wederpartij haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, deze afdeling van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst'. (21)

Dergelijke 'scope rules' met betrekking tot de wettelijke regelingen van algemene voorwaarden treffen wij ook aan in § 12 van de Duitse Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)²²⁾ en in section 27 van de Engelse Unfair Contract Terms Act.²³⁾ De Nederlandse wetgever heeft zich bij het opstellen van art. 6.5.2A.13 met name door de Engelse wet laten inspireren (M.v.T., blz. 66).

Art. 6.5.2A.13 leden 1 t/m 3 heeft betrekking op ondernemerstransacties, terwijl lid 4 ziet op consumentenovereenkomsten. Volgens lid 1 zijn bij ondernemerstransacties de bepalingen van afd. 6.5.2A steeds van toepassing, indien beide partijen in Nederland gevestigd zijn en ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht. Niet alleen rechtskeuze voor ander dan Nederlands recht wordt lid 1 doorkruist, maar ook het buitenlands recht dat bij gebreke van rechtskeuze krachtens de objectieve conflictregel van toepassing is. Dit laatste zal zich overigens naar mijn mening zelden voordoen. Wanneer beide partijen in Nederland gevestigd zijn, zal immers volgens de objectieve conflictregels (wet van de nauwste band, nader uitgewerkt in het vermoeden, dat die nauwe band aanwezig is met het recht van het woonland van de karakteristieke prestant) Nederlands recht van toepassing zijn.²⁴⁾ De vraag kan rijzen of het mogelijk moet worden geacht, dat een rechtskeuze wordt uitgebracht voor buitenlands recht, wanneer beide contractanten in Nederland gevestigd zijn. Rechtskeuze kan slechts worden uitgebracht in een overeenkomst die, zoals ook in

het Alnati-arrest te lezen valt, 'een internationaal karakter draagt'. Of een overeenkomst een internationaal karakter draagt, zal niet altijd even duidelijk zijn. Ik moge over dit onderwerp verwijzen naar een recente monografie van *L. Strikwerda*.²⁵⁾ Zie in dit verband ook art. 3 lid 3 van het EEG Overeenkomstenverdrag:

'De keuze door partijen van een buitenlands recht al dan niet gepaard gaande met de aanwijzing van een buitenlandse rechter, laat, wanneer alle overige elementen van het geval op het tijdstip van de keuze met een enkel land zijn verbonden, onverlet de bepalingen waarvan volgens het recht van dat land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, hierna 'dwingende bepalingen' te noemen'.

Bij het 100% interne contract is rechtskeuze wel mogelijk, doch - om met *Haak* te spreken²⁶⁾ - 'schrompelt de collisioneelrechtelijke rechtskeus in tot een materieelrechtelijke (aanvullende) rechtskeuze'. Het is duidelijk, dat afd. 6.5.2A op het 100% interne contract van toepassing is en dan niet door rechtskeuze opzij gezet kan worden. Krachtens art. 6.5.2A.12 is de afdeling immers dwingend recht.

Het tweede lid van art. 6.5.2A.13 geeft het spiegelbeeld van het eerste lid te zien de regeling omtrent algemene voorwaarden is niet van toepassing, wanneer partijen niet beide in Nederland gevestigd zijn, ongeacht het op de overeenkomst (krachtens rechtskeuze of krachtens de objectieve verwijzingsregel) toepasselijke recht. De M.v.T. (blz. 66) geeft als argument voor dit tweede lid, dat de internationale handel niet door afd. 6.5.2A belemmerd mag worden. Enerzijds mag van de in het buitenland gevestigde ondernemer niet verlangd worden, dat hij zijn algemene voorwaarden aan de Nederlandse regeling aanpast met het oog op met Nederlandse ondernemers af te sluiten transacties. Anderzijds wordt wenselijk geacht, dat Nederlandse ondernemers in hun transacties met buitenlandse afnemers niet door afd. 6.5.2A worden gebonden. Art. 6.5.2A.13 lid 2 leidt derhalve tot de situatie, dat afd. 6.5.2A niet van toepassing is, wanneer partijen niet beide in Nederland gevestigd zijn, ook al is Nederlands recht de *lex causae*. Dit betekent dat bij een overeenkomst tussen een buitenlandse ondernemer en een Nederlandse afnemer, waarop Nederlands recht uitdrukkelijk gekozen is, afd. 6.5.2A niet voor toepassing in aanmerking komt. Hetzelfde geldt in de situatie, dat bij gebreke

aan rechtskeus op grond van de leer der karakteristieke prestatie tot toepassing van Nederlands recht wordt gekomen. In section 27 (1°) van de Engelse Unfair Contract Terms Act zien wij een soortgelijke regel:

'Where the proper law of a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the proper law'.

Er is echter dit verschil met art. 6.5.2A.13, dat volgens section 27 (1°) van de Engelse wet deze wet buiten beschouwing kan blijven, indien bij gebreke van rechtskeuze voor het Engelse recht op grond van de aanknopingscriteria buitenlands recht van toepassing is. *Morris* heeft in dit verband gesproken van een "self-denying" statute, one which does not apply even though it would be applicable under the normal rules of the conflict of laws".²⁷⁾ Hij is van mening, dat deze ontwikkeling kan worden beschouwd als de prijs die moet worden betaald voor rechtskeuzevrijheid, welke aan de contractspartijen in het Engelse i.p.r. wordt verleend.²⁸⁾ Art. 6.5.2A.13 is dan kennelijk de prijs voor dezelfde vrijheid in het Nederlandse i.p.r.! Op zich genomen is het buiten beschouwing laten van bepalingen, ondanks het feit dat zij deel uitmaken van de *lex causae*, in het i.p.r. meer voorgekomen. In par. 2 heb ik gewezen op art. 6 BBA dat, hoewel Nederlands recht overigens op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, toch buiten beschouwing kan blijven, indien de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij het ontslag in onvoldoende mate zijn betrokken.

Met het resultaat van art. 6.5.2A.13 lid 2 kan, dunkt mij, worden ingestemd. Het internationale handelsverkeer mag immers niet worden belemmerd. Toch schuilt in de samenloop van de leden 1 en 2 een belemmering in het geval van zgn. filières. Veelal is hier sprake van een keten van opeenvolgende kopers, die in verschillende landen zijn gevestigd en contracteren op basis van standaardvoorwaarden. Deze standaardvoorwaarden zijn vaak door internationale organisaties opgesteld. Wanneer nu in deze keten twee Nederlandse ondernemers elkaar opvolgen, wordt de eenheid van toepasselijk recht op de gehele keten daardoor verbroken. De transactie tussen de twee Nederlandse ondernemers wordt beheerst

door afd. 6.5.2A, terwijl de overige transacties beheerst worden door de internationale standaardvoorwaarden en het (meestal) daarin gekozen buitenlandse recht.²⁹⁾

Art. 6.5.2A.13 lid 3 geeft aan in welke gevallen met het oog op de toepassing van leden 1 en 2 een partij geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd. Lid 3 sluit aan bij art. 4 lid 2, laatste volzin, van het EEG Overeenkomstenverdrag.

In het Eindverslag³⁰⁾ wordt melding gemaakt van het feit, dat binnen de vaste Commissie voor Justitie de gedachte leeft ook de 'kleine ondernemer' dezelfde bescherming te bieden als aan de consument geboden wordt. De Regering heeft hierop geantwoord³¹⁾ geen kans te zien een criterium te ontwikkelen aan de hand waarvan, voor de toepassing van afd. 6.5.2A, bepaald kan worden wanneer een ondernemer moet gelden als 'kleinere ondernemer'. Op dit punt is een amendement (nr. 27) ingediend, dat ik verder niet zal behandelen.

Ten slotte bepaalt art. 6.5.2A.13 lid 4, dat de afdeling steeds van toepassing is, wanneer de consument in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft. Hiermede heeft de Regering eventuele rechtsonzekerheid willen voorkomen, omdat het nog maar de vraag is in hoeverre de Nederlandse rechter art. 5 EEG Overeenkomstenverdrag anticiperend zal toepassen. Over de verschillen met art. 5 moge ik verwijzen naar de M.v.A. waaruit blijkt dat art. 6.5.2A.13 lid 4 verder reikt dan art. 5.

4. De (buitenlandse) rechter en art. 6.5.2A.13

Op vele plaatsen wordt in de parlementaire stukken betreffende het wetsontwerp algemene voorwaarden gesteld, dat de buitenlandse rechter op grond van art. 7 lid 1 van het EEG Overeenkomstenverdrag rekening zal kunnen houden met het internationale geldingsbereik van afd. 6.5.2A.³²⁾

De redactie van art. 7 lid 1 laat echter ruimte voor de geadieerde rechter derdelandsnormen niet toe te passen ('kan gevolgd worden toegekend ...'). Daarbij komt dat het niet onwaarschijnlijk is, dat vele verdragsluitende Staten gebruik zullen maken van de in art. 22 geboden mogelijkheid een voorbehoud terzake van niet-toepassing van art. 7 lid 1 af te leggen. Voorts zal een buitenlandse rechter bij samenloop van de krachtens art. 6.5.2A.13 naar

toepassing dинgende bepalingen van afd. 6.5.2A en een buitenlandse regeling inzake algemene voorwaarden, die deel uitmaakt van de lex fori, aan zijn dwingende regeling voorrang geven. Art. 7 lid 2 van het EEG Overeenkomstenverdrag staat dit zogenaamde 'primaat van de lex fori' ook toe. In het toelichtende Rapport op het verdrag wordt in dit verband uitdrukkelijk gewezen op dwingende regels inzake consumentenbescherming.³³⁾

Het volgende voorbeeld moge een en ander verduidelijken. Stel een Nederlandse vennootschap Y verkoopt een partij aardappelen aan een Nederlandse ondernemer X. De aardappelen moeten worden vervoerd van Antwerpen naar Delfzijl. Partijen contracteren op de voet van de algemene voorwaarden van onderneming Y, waarin als plaats van levering Antwerpen is aangewezen. Stel voorts dat het Belgische recht op de overeenkomst van toepassing is verklaard. Een gedeelte van de partij aardappelen verkeert echter bij levering in zeer slechte staat. Ondernemer X vordert voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van vennootschap Y schadevergoeding.

In de procedure voor de Belgische rechter kunnen zich ten aanzien van de vraag naar de rechtsmacht (internationale bevoegdheid) drie situaties voordoen:

1. de Nederlandse vennootschap Y verschijnt niet voor de Belgische rechter;
2. de Nederlandse vennootschap Y is wel voor de Belgische rechter verschenen, doch heeft de exceptie van onbevoegdheid opgeworpen;
3. De Nederlandse vennootschap Y is voor de Belgische rechter verschenen zonder de exceptie van onbevoegdheid op te werpen.

In het laatste geval wordt een eventuele onbevoegdheid van de Belgische rechter gedekt door het verschijnen van de verweerder krachtens art. 18 van het EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag (EEX).³⁴⁾ In de overige twee situaties zal de Belgische rechter moeten nagaan op welke bevoegdheidsbepaling van het EEX hij zijn rechtsmacht kan baseren. Partijen hebben in casu gehandeld op de voet van de algemene voorwaarden van vennootschap Y, waarin als plaats van levering Antwerpen werd aangewezen. Dit betekent dat de Belgische rechter zijn rechtsmacht kan baseren op art. 5 sub 1 EEX. Dit artikel geeft een alternatieve bevoegdheidsbepaling (in afwijking van de in art. 2 EEX gegeven hoofdregel

voor de bevoegdheid), waarin ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst bevoegd wordt verklaard het gerecht van de plaats, waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. De uitdrukkelijke aanwijzing in het contract van de plaats van uitvoering leidt derhalve tot een verkapte forumkeuze. Toch behoeft deze aanwijzing niet te voldoen aan de stringente vormvereisten die overigens aan forumkeuze volgens art. 17 EEX worden gesteld.³⁵⁾

De Belgische rechter zal zich derhalve bevoegd verklaren van de vordering kennis te nemen.

Welk recht zal de Belgische rechter op de vordering toepassen? Wanneer in deze procedure een vraag rijst en aanzien van de geldigheid van de gehanteerde algemene voorwaarden, zal dan de Belgische rechter hierop Nederlands recht toepassen, omdat art. 6.5.2A.13 lid 1 zulks bepaalt? Het lijkt mij hoogst onwaarschijnlijk, vooral omdat het Belgische recht door partijen gekozen is.

Het Belgische vonnis zal in Nederland voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komen. De Nederlandse rechter mag de erkenning en tenuitvoerlegging niet weigeren door de openbare orde (art. 27 sub 1 EEX) in te roepen. De openbare orde mag niet gehanteerd worden om erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen te voorkomen, die inhoudelijk in strijd zijn met het recht dat volgens onze conflictregels op de casus van toepassing is. Zouden wij deze weg inslaan, dan zouden wij ons op een hellend vlak bevinden waardoor ieder vrij verkeer van vonnissen als doelstelling van het EEX in ernstige mate zou worden gefrustreerd. Het is beter te leven met een frustratie van art. 6.5.2A.13 dan met een frustratie van het EEX!

Art. 6.5.2A.13 regelt in lid 4 de consumentenovereenkomsten, waarop steeds Nederlands recht van toepassing is, indien de consument zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Deze bepaling kan problemen opleveren in verband met art. 6.5.2A.3 sub o en forumkeuze volgens art. 17 EEX. Art. 6.5.2A.3 sub o plaatst op de 'zwarte lijst' een beding 'dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen'.

Deze bepaling kan slechts betrekking hebben op een zuiver Nederlandse situatie en niet op een beding, waarin in afwijking van het 'gemene' recht, een buitenlandse rechter bevoegd is verklaard en waarin aan de vereisten van art. 17 EEX is voldaan. De M.v.T. zwijgt over deze internationale complicatie. Er valt wel te lezen, dat art. 6.5.2A.3 sub o³⁶⁾ voor een door art. 3 bestreken transacties een aanvulling vormt op art. 98a Rv., dat afwijkingen van de relatieve bevoegdheid van de Kantonrechter nietig verklaart. Aangezien art. 17 EEX derogeert aan art. 98a Rv. zal men hetzelfde ten aanzien van art. 6.5.2A.3 sub o moeten aannemen.³⁷⁾

5. Is art. 6.5.2A.13 noodzakelijk?

Het uiteindelijke geldingsgebrek van art. 6.5.2A.13 zal afhangen van de uitkomsten van het 'gemeen overleg' tussen Regering en Staten-Generaal. Wanneer afd. 6.5.2A in haar geheel niet van toepassing wordt verklaard op transacties tussen ondernemers onderling, zoals van de zijde van het bedrijfsleven is bepleit³⁸⁾, kan ook art. 6.5.2A.13 aanmerkelijk vereenvoudigd worden. De leden die betrekking hebben op ondernemerstransacties zouden kunnen vervallen, terwijl de eventuele bescherming van de 'kleinere' ondernemer via een soortgelijke regel als is opgenomen in lid 4 zou kunnen plaatsvinden.

Wat hiervan ook zij, de principiële vraag blijft echter of de wetgever in een incidenteel geval een internationaal-privaatrechtelijke regeling moet treffen. Uiteraard moet rechtsonzekerheid worden voorkomen, doch zal er ten aanzien van het internationale geldingsbereik van afd. 6.5.2A veel rechtsonzekerheid rijzen? De Nederlandse rechtspraak heeft in de loop der jaren een aantal conflictregels opgesteld, die in het Nederlandse i.p.r. goed wortel hebben geschoten. Met rechtskeuze en de leer der karakteristieke prestatie - de kritiek op deze leer ten spijt³⁹⁾ - kan de rechtspraktijk uit de voeten. In toenemende mate houdt de rechter rekening met de belangen van de 'zwakkere' partij en wordt het EEG Overeenkomstenverdrag anticiperend toegepast. Art. 5 zal ook ongetwijfeld zijn schaduw vooruitwerpen.

Inmiddels bestaan ook plannen tot codificatie van het Nederlandse i.p.r.⁴⁰⁾ Een departementaal voorontwerp van algemene i.p.r.-wet wordt thans in de Nederlandse Staatscommissie voor I.P.R. besproken. Over een termijn waarbinnen deze codificatie gerealiseerd zal zijn, durf ik geen voorspelling te doen. Het komt mij echter voor, dat het verstandig zou zijn, indien deze ontwikkeling wordt afgewacht en het i.p.r. op het terrein van de algemene voorwaarden over te laten aan de rechtspraak. Zo rest ons toch 'de Hoop' op een goede rechtsontwikkeling van een voor de praktijk belangrijk onderwerp!

Noten

- 1) Zie over forumkeuzeclausules: art. 17 EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag van 27 september 1968 (Trb. 1969, 101), waarover o.a. *P. Vlas*, Burgerlijke Rechtsvordering (losbladig), band V, blz. 312e-314k.
- 2) Wet van 15 december 1971, Stb. 781 tot uitvoering van het op 1 juli 1964 te 's-Gravenhage gesloten Verdrag houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (Trb. 1964, 117, Trb. 1968, 13). Zie hierover *F.J.A. van der Velden*, De eenvormige koopwetten van 1964, (1979); *Asser-Schut*, 1981, blz. 28 e.v.; *G.G. Oly*, Algemene beschouwingen over de Eenvormige wet op de internationale koop van goederen in historisch perspectief, pft. Amsterdam 1982.
- 3) Zie *W.E. Haak*, Het Gewijzigd Cognossemensverdrag en zijn werkingsomvang, *NJB* 1982, blz. 717-723.
- 4) Zie *W.E. Haak*, Plaats en invloed van 'publiekrechtelijke' regels in het IPR, *WPNR* 5717, 5718, (1984), naar aanleiding van de proefschriften van *R. van Rooij*, De positie van publiekrechtelijke regels op het terrein van het I.P.R. (Leiden 1976) en *L. Strikwerda*, Semipubliekrecht in het conflictenrecht (Amsterdam 1978).
- 5) Zie hierover *C.J.J. van Maanen*, Het BBA en het internationaal privaatrecht, *WPNR* 5584, 5585 (1981). Vergelijk HR 7 september 1984, *RvdW* 1984, 147, voor de omstandigheden waaronder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt kunnen worden geraakt.
- 6) Zie *Th.M. de Boer*, De Vermaatschappelijking van het Internationaal Privaatrecht (Ontwikkelingen in de jaren zeventig), *NJB* 1980, blz. 785 e.v., vooral blz. 795; *J.G. Sauveplanne*, Oud en nieuw in het Internationaal Privaatrecht, in de bundel Vooruitzichten van de Rechtswetenschap/2, 1983, blz. 167.

- 7) Zie o.a. Rb. Amsterdam 17 mei 1978, *NJ* 1979, 562; Rb. Roermond 10 november 1983, *NIPR* 1984, 259, waarin naast art. 165 Boek 1 BW ook art. 1623 g lid 5 BW 'als voorrangregel van onmiddellijke toepassing' werd verklaard.
- 8) Zie Rb. Arnhem 17 januari 1983, *NIPR* 1983, 353 ten aanzien van art. 1947 BW.
- 9) Zie Rb. Breda 21 september 1982, *NJ* 1984, 283 ten aanzien van art. 69 en 180 Boek 2 BW, waarover *P. Vlas*, Methoden ter bestrijding van misbruik van buitenlandse rechtspersonen in Nederland, *WPNR* 5714 (1984).
- 10) Zie hierover *H.U. Jesserun d'Oliveira, A.Ae.* 1980, blz. 255 e.v.; *R. van Rooij, Revue Critique de droit international privé*, 1980, blz. 68 e.v.; *W.E. Haak, WPNR* 5718 (1984), blz. 694.
- 11) Deze uitspraak is uitgebreid besproken door *Th.M. de Boer* en *R. Kotting* in hun opstel 'President Wijnholt vs. President Reagan', *NJB* 1982, blz. 1177-1186, zie ten aanzien van de vraag of de exportmaatregelen als voorrangregels moeten worden beschouwd vooral blz. 1184 e.v.
- 12) Zie HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 263 inzake de doorzettingskracht van par. 636 en 637 van de Duitse Reichsver sicherungsordnung op een door Nederlands recht beheerste onrechtmatige daad.
- 13) Zie Rb. Rotterdam 22 juli 1983, *S&S* 1984, 4, *NIPR* 1984, 207 inzake de doorzettingskracht van een Amerikaans voorrecht op een schip ('maritime lien') krachtens de Federal Maritime Lien Act in verband met art. 381c, 318q en 318r K. Vergelijk ook de casus van HR 18 januari 1983, *NJ* 1983, 445 (*Franse Madonna*), waarover *J.P. Verheul*, Foreign export prohibitions: cultural treasures and minerals, *NILR* 1984, blz. 419-427.
- 14) *Trb.* 1980, 156; het verdrag is besproken door *W.E. Haak*, Nieuw internationaal overeenkomstenrecht, *WPNR* 5544, 5545, 5546 (1980); *M.J.G.C. Raaijmakers*, Naar een Europees internationaal contractenrecht, *TVVS* 1981, blz. 201-207. Zie voorts: *J.C. Schultsz*, Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980, *RbalsZ* 1983, 562; HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 561; Hof van Leeuwarden, 4 april 1984, *NJ* 1984, 745, zie ook Contractenrecht, (*A.V.M. Struycken*), X, A-1.
- 16) Zie voor arbeidsovereenkomsten HR 8 juni 1973, *NJ* 1973, 400 (*Mackay II*), waarin m.i. implicite de opvatting werd verworpen, dat art. 1639 s BW - internrechtelijk van dwingend karakter - ook internationaal dwingend zou zijn. Via art. 6 van het verdrag zou men wèl tot deze uitkomst komen.
- 17) Zie over art. 7: *W.E. Haak, WPNR* 5546 (1980), blz. 902-903, alsmede het toelichtend Rapport op het verdrag van *M. Giuliano* en *P. Lagarde, Publicatieblad EG* 1980, nr. C 282, overgenomen in Contractenrecht, (*A.V.M. Struycken*), X, nr. 8.

- 18) Als eerste Staat heeft Frankrijk het verdrag zonder voorbehoud geratificeerd op 10 november 1983. Zie over de recente discussie in de Duitse Bondsrepubliek: *K. Kreuzer*, Erklärung eines generellen Vorbehaltes zu Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *IPRax* 1984, blz. 293-295.
- 19) *G. van Hecke*, Regels of richtlijnen in het internationaal privaatrecht, in de bundel 'De hanteerbaarheid van het recht', 1981, blz. 44.
- 20) *E. Cohen Henriquez*, Buitenlands publiekrecht (...), in de bundel 'Recht op Scherp', 1984, blz. 527.
- 21) Aldus Gewijzigd Voorstel van Wet, 16983, nr. 10.
- 22) Wet van 9 december 1976, in werking sedert 1 april 1977. Zie over § 12 AGBG: *E. Jayme*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, *ZHR* 1978, blz. 105-123.
- 23) Wet van 26 oktober 1977, in werking sedert 1 februari 1978. Zie over section 27: Chitty on contracts, vol. I, 1983, 25th ed., blz. 1164-1166. Zie over deze buitenlandse regelingen ook *H. Duintjer Tebbens*, Statutory controls on standard terms employed in an international context: national and comparative law in honour of Judge Erades, 1983, blz. 32-49.
- 24) Afgezien van een enkele rechterlijke 'missie': vgl. Rb. Rotterdam 2 januari 1979, *NJ* 1980, 573 met zeer kritische noot van *J.C. Schultz*. In deze zaak waren overigens beide partijen in verschillende landen gevestigd.
- 25) Partij-autonomie en het internationale geval, Studiekring Offerhaus, Reeks I.P.R. no. 12, 1981.
- 26) *W.E. Haak*, *WPNR* 5545 (1980), blz. 881.
- 27) *J.H.C. Morris*, *The Conflict of Laws*, 1980, blz. 224.
- 28) *J.H.C. Morris*, op.cit., blz. 225.
- 29) Zie hierover *J. Spier*, Het wetsontwerp algemene voorwaarden: voor de praktijk funest, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1984/4, blz. 130, 131.
- 30) Kamerstuk nr. 16983, nr. 7, blz. 23.
- 31) Kamerstuk nr. 16983, nr. 8, blz. 26.
- 32) Zie M.v.T., nr. 3, blz. 66; M.v.A., nr. 5, blz. 35; Eindverslag, nr. 7, blz. 23; Nota n.a.v. het verslag, nr. 8, blz. 26.
- 33) Rapport *M. Giuliano* en *P. Lagarde*, *Publikatieblad EG* 1980, nr. C 282, overgenomen in *Contractenrecht*, (*Struycken*), X, blz. 77.

- 34) Art. 18 EEX regelt de stilzwijgende aanvaarding van rechtsmacht ('prorogation tacite'), zie hierover *P. Vlas*, *Burgerlijke Rechtsvordering*, (losbladig), band V, blz. 314 k e.v.
- 35) Aldus beslist door H.v.J. EG 17 januari 1980, zaak 56/79, *Jur.* 1980, blz. 89, *NJ* 1980, 511. Zie voor de vormvereisten waaraan een forumkeuze volgens art. 17 EEX moet voldoen o.a. de volgende prejudiciële beslissingen: H.v.J. EG 14 december 1976, zaak 24/76, *Jur.* 1976, blz. 1831, *NJ* 1977, 446; H.v.J. EG 14 december 1976, zaak 25/76, *Jur.* 1976, blz. 1851, *NJ* 1977, 447.
- 36) In het oorspronkelijke wetsontwerp genummerd als art. 6.5.2A.3 sub p. Zie M.v.T., 16983, nr. 3, blz. 46.
- 37) Zie ten aanzien van art. 98a Rv.: *P. Vlas*, *Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 17 EEX, aant. 3, alsmede *W.H. Heemskerk* in zijn noot onder HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 663.
- 38) Zie *J. Spier*, op. cit., blz. 131.
- 39) Ik noem hier slechts het preadvies van *H.U. Jessurun d'Oliveira*, *NVIR* 1975, no. 71, blz. 73 e.v., vooral blz. 94-112, waarin gesproken wordt van 'de karakteristieke (wan)prestatie'.
- 40) Zie hierover de opstellen van *H.U. Jessurun d'Oliveira* en *G.J.W. Steenhoff*, in 'Unification', opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G. Sauveplanne, 1984, blz. 117-131 resp. blz. 223-233.

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 zakelijk recht). Het artikel zou derhalve ruimer moeten worden gereïdigeerd 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 geformuleerd 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.

REFLECTIES OVER HET WETSONTWERP ALGEMENE VOORWAARDEN

Mr F.J. de Vries

De behandeling van het wetsontwerp algemene voorwaarden¹⁾ in de Tweede Kamer nadert haar einde. Dit weloverwogen wetsvoorstel is een belangrijke stap op de weg van het realiseren van de consumentenbescherming, een wens die leeft bij een groot deel van de volksvertegenwoordiging. Toch heeft de vaste kamercommissie voor Justitie het de minister van justitie en met hem de staatssecretaris van economische zaken²⁾ beslist niet gemakkelijk gemaakt. De discussie in de commissie over dit op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde wetsvoorstel was meer dan eens fel van aard. De minister verdient alle lof voor de welsprekende en gedegen wijze, waarop hij het wetsvoorstel verdedigde. De titel defensor bonae fidei zou hem zeker niet misstaan.

In het nu volgende opstel zal ik proberen aan te tonen, dat het niet tot consumentenovereenkomsten beperken van afd. 6.5.2A aanzienlijke problemen met zich meebrengt. Daarom moet afd. 6.5.2A, evenals dat is gebeurd met de dwingend-rechtelijke bepalingen in boek 7 en 8, beperkt blijven tot consumententransacties. Analogische toepassing buiten dat gebied door een schakelbepaling lijkt meer problemen te scheppen dan op te lossen. Het verdient aanbeveling om de rechtsvorming van het bestrijden van onereuze standaardvoorwaarden buiten consumententransacties over te laten aan de reeds in het nieuwe BW bestaande begrippen.

De latente lijst

1. De "grondige verandering"³⁾ in het gebruik van algemene voorwaarden jegens consumenten na de invoering van het nieuwe BW zal waarschijnlijk niet uitsluitend voor rekening van afd. 6.5.2A komen. Het is waar, dat deze overigens niet tot het consumentenrecht beperkte afdeling er nou niet bepaald "gebruikersvriendelijk" uitziet, maar titel 7.1 legt de creativiteit van de verkoper in een consumentenkoop sterker aan banden. Art.

7.1.1.4a lid 1 verklaart een aanzienlijk deel van het regelend recht tot dwingend recht:

"Bij een consumentenkoop kan van de afdelingen 1-7 van deze titel niet ten nadele van de koper worden afgeweken en kunnen de rechten en vorderingen die de wet aan de koper terzake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de verkoper toekent, niet worden beperkt of uitgesloten, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 6.5.1.2."

Wat de aan de koper toegekende rechten en vorderingen betreft moet gedacht worden aan de bepalingen in de afdelingen 6.1.8 en 6.5.4. Op grond van de "authentieke" interpretatie door de minister van het begrip "tekortkoming" (zie hierover P.C. Knol, op blz. 105 e.v. van deze bundel) vallen opschorting en verrekening overigens niet onder die rechten en vorderingen.⁴⁾

Voor een verkoper betekent dit bijvoorbeeld, dat hij tegenover een consument zijn aansprakelijkheid voor een tekortkoming in de nakoming niet mag uitsluiten of beperken, omdat een dergelijk beding ten nadele van de consument afwijkt van art. 6.1.8.1 of van de artt. 6.1.8.2 - 3a. Maar tegelijkertijd komt de wet aan de wensen van de verkoper aanzienlijk tegemoet: art. 7.1.2.7 zegt, dat voor de vaststelling van een tekortkoming gelet moet worden op alle omstandigheden van het geval, bijv. of de zaak tweedehands of een zogenaamde "winkeldochter" is.⁵⁾ Ten tweede wordt in art. 7.1.3.7 de aansprakelijkheid van de verkoper beperkt tot de kosten op de koop en de overdracht gevallen en expertisekosten, behalve als hij het gebrek behoorde te kennen, als hij een eigenschap gegarandeerd heeft, als hij de zaak zelf gemaakt heeft, of als het een gebruikte zaak of een dier betreft.

Ondanks deze compensatie lijkt deze regeling in titel 7.1 verder dan art. 6.5.2A.4 sub f te gaan. Een exoneratieclausule in algemene voorwaarden is volgens dit laatste artikel niet verboden, maar wordt jegens een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Maar de bovengeschetste risicoverdeling tussen verkoper en consument toont tevens aan, dat een exoneratieclausule niet maar zo op de zwarte lijst geplaatst kan worden. Daarvoor is de problematiek te rijk geschakeerd en teveel een kwestie van geven en nemen. Naast de andere in de literatuur genoemde redenen moge dit een argument zijn om amendement nr. 24 niet aan te nemen.⁶⁾

2. Als voorbeelden van artikelen in titel 7.1 waarvan niet ten nadele van de consumenten mag worden afgeweken kunnen genoemd worden: de risicoverdeling voor en na aflevering (art. 7.1.2.2), kosten van aflevering (art. 7.1.2.3), verkoop vrij van alle niet uitdrukkelijke aanvaarde bijzondere lasten en beperkingen (art. 7.1.2.5) en de regeling over ondeugdelijke nakoming (artt. 7.1.3.1 en 2).

Het op laatstgenoemde artikelen volgende art. 7.1.3.3 bepaalt, dat de rechten genoemd in de artt. 1 en 2 aan de koper toekomen, onverminderd alle andere rechten of vorderingen uit het gemene recht. Deze bepaling is in de wet opgenomen om alle twist rondom het adagium "lex specialis derogat legi generali" speciaal in verband met de verborgen gebreken regeling in de artt. 1540-1548 BW in de kiem te smoren.⁷⁾ Dit artikel is op grond van art. 7.1.1.4a dwingend recht, zodat waarschijnlijk bij ondeugdelijke nakoming de koper wel een opschortingsrecht en onder omstandigheden verrekeningsbevoegdheid heeft, die hem niet kunnen worden ontnomen. Of dit de bedoeling is van de ontwerpers, is de vraag.

Overigens komt een bepaling als art. 7.1.4.a lid 1 ook voor in twee andere titels van boek 7: zie voor de borgtocht art. 7.14.2.6 en voor lastgeving de artt. 7.7.4 lid 3, 7.7.4d lid 3, 7.7.5 lid 2, en 7.7.5a lid 3.

De werking van afd. 6.5.2A buiten consumententransacties even buiten beschouwing gelaten, is de verhouding van afd. 6.5.2A tot de verschillende titels in boek 7 die van een algemene regeling tot specifieke bepalingen.⁸⁾ Met de consumentenkoop is de overlapping niet groot: vele bedingen in de artt. 6.5.2A.3 en 4 treffen afwijkingen van regelend recht, dat elders in de wet opgenomen is (bijv. art. 6.5.2A.3 sub 1 betreffende verklaringen en art. 3.2.4) of niet in de wet opgenomen is (bijv. de verschillende bedingen betreffende duurovereenkomsten). Wel zou men kunnen stellen, dat titel 7.1 door een groot aantal bedingen te verbieden zijn eigen zwarte lijst heeft.

Minder dan meermalen

3. Afd. 6.5.2A trekt eveneens ten strijde tegen bedingen die afwijken van het regelend recht, maar art. 6.5.2A.2a sub a bouwt een marge in: alleen die bedingen zijn vernietigbaar die op

onredelijk bezwarende wijze van regelend recht afwijken. Het artikeldeel luidt:

"Artikel 6.5.2A.2a. Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar
a. indien daardoor wordt afgeweken van de rechtsgevolgen die de overeenkomst zonder dat beding zou hebben gehad, op een wijze die, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij;"

Een beperking van de toetsing aan dit criterium komt uit een onverwachte hoek: eerst moet een kwantitatieve barrière overwonnen worden. Art. 6.5.2A.2a sub a ziet slechts op bedingen in *algemene voorwaarden*. De definitie van algemene voorwaarden staat in art. 6.5.2A.1 lid 1 sub a:

"Artikel 6.5.2A.1. 1. In deze afdeling wordt verstaan onder
a. algemene voorwaarden: een of meer schriftelijke bedingen die door een persoon meermalen in overeenkomsten zijn gebruikt of waarvan door hem is aangekondigd dat hij die in overeenkomsten zal gaan gebruiken, alsmede bedingen waarvan een rechtspersoon als bedoeld in artikel 6 lid 2 het gebruik bevordert, een en ander met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven;"

De bedingen moeten meermalen zijn gebruikt, of het gebruik moet op de een of andere manier zijn aangekondigd. Tegen dit getalscriterium is frequent geprotesteerd⁹⁾, maar er is moeilijk aan te ontkomen, vooral in verband met de verbodsactie van de artt. 6.5.2A.6-9. In de huidige redactie is de frequentie tot het uiterste teruggebracht. Verwacht mag worden, dat dit kwantitatief vereiste in de praktijk geen problemen oplevert, evenmin als dat in West-Duitsland het geval is. Art. 1 van het "Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)"¹⁰⁾ beperkt zijn werking ook tot bedingen bestemd "für eine Vielzahl von Verträgen". Ofschoon er geen enkele rechtvaardiging bestaat voor het aanleggen van een spaarbekken voordat men aan het toetsen van een rechtsnorm toekomt en hoewel het willekeurig lijkt om te stellen, dat driemaal voldoende is¹¹⁾, is het ongewenst gezien het geringe praktische belang, er een strijdpunt van te maken.

4. Bovendien is er nog een uitgebreid instrumentarium in het wetboek aanwezig om een verstoord evenwicht in een rechtsverhouding weer te herstellen. De minister¹²⁾ noemt dwang, bedrog, misbruik van omstandigheden, dwaling, strijd met de openbare orde en goede zeden, en strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Met name het nieuwe wilsgebrek misbruik van omstandigheden biedt een aantrekkelijk onderdak voor dergelijke problematiek. De strekking van afd. 6.5.2A is het tegengaan van "de eenzijdige inhoud van (door een professionele gebruiker voor veelvuldig gebruik opgestelde) algemene voorwaarden, in verband met het gemak waarmee zij de wederpartij die op de inhoud geen invloed heeft, ja zelfs daarmee meestentijds onbekend is, worden opgedrongen". Deze ratio ligt niet ver verwijderd van die van art. 3.2.10 lid 4 (misbruik van omstandigheden):

"Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid bewegen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden".

In de parlementaire discussie rond vraagpunt 19 "Moet naast bedreiging, bedrog en dwaling ook misbruik van omstandigheden als grond voor vernietiging van rechtshandelingen worden erkend" gaf Meijers in antwoord op een vraag van het kamerlid Lemaire een bespiegeling over de rechtsgrond van het wilsgebrek:

"De geachte afgevaardigde de heer Lemaire heeft gezegd: bij deze grond voor vernietiging komt het aan op immoreel gedrag en onredelijke invloed, die moet zijn uitgeoefend. Ik geloof, dat het reeds in de woorden "misbruik van omstandigheden" besloten ligt. Men zal niet, als de handeling moreel gerechtvaardigd is, of wanneer redelijke invloed is uitgeoefend, spreken van: er wordt misbruik gemaakt.

Men spreekt inderdaad in andere landen dikwijls van onredelijke invloed. Het zijn twee uitdrukkingen, die in de grond van de zaak hetzelfde willen zeggen.

De geachte afgevaardigde de heer Lemaire heeft verder gezegd, dat er in de stukken op is gezinspeeld, dat ook bij de standaardcontracten deze grond voor vernietiging een toepassing kan vinden. Dat staat inderdaad in de stukken, maar daaruit mag men niet afleiden, dat, steeds omdat er een economisch overwicht is, alles, wat men uit dien hoofde weet te bereiken, misbruik van omstandigheden zal opleveren. Per slot van rekening zal men, als men een economisch overwicht

heeft, dat inderdaad in het contract altijd min of meer tot uitdrukking zien komen, maar het moet een onredelijke invloed, een misbruik zijn, dat men van dat economische overwicht maakt, wil er grond voor vernietiging zijn: dat is moeilijk nader precies te bepalen. De rechter vindt, wanneer hij aantreft een onredelijke bepaling die onder dat economische overwicht is tot stand gekomen, gereede aanleiding om het beginsel toe te passen, maar hieruit zal volstrekt niet mogen worden afgeleid, dat men zal kunnen zeggen: Ja, ik heb een contract getekend en die tegenpartij was economisch zo veel sterker, daarom behoef ik mij niet veel van het contract aan te trekken.

De onredelijke invloed kan inderdaad herhaaldelijk worden afgeleid uit de benadeling en dat is in vele gevallen een van de sterkste aanwijzingen, dat er een onredelijke invloed moet zijn geweest. Het is echter niet de enige aanwijzing".(13)

Meijers heeft bij de toepassing van misbruik van omstandigheden ook gedacht aan algemene voorwaarden. Er moet dan sprake zijn van een onredelijke invloed op de totstandkoming van rechtsbehandeling als gevolg van een positie van economisch overwicht. Nu er een speciale regeling is voor algemene voorwaarden, heeft deze passage aan belang ingeboet. Maar dat geldt niet voor de eenmalige gebruikte bedingen, die buiten de bescherming van afd. 6.5.2A vallen. Voor deze gevallen kan aansluiting gezocht worden bij misbruik van omstandigheden. Vooral de gezichtspunten onervarenheid en afhankelijkheid zullen hier een rol spelen.¹⁴⁾

In pari delicto¹⁵⁾

5. Lid 2 van art. 6.5.2A.2c bepaalt:

"op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikelen 2a en 2b, kan geen beroep worden gedaan door een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt".

Aan deze bepaling is in de parlementaire geschiedenis geen aandacht besteed. De MvT verwees voor deze regel naar het algemene beginsel, dat men niet terug mag komen op eigen gedragingen en zich evenmin tegenover een ander kan beklagen over gedragingen die men zelf ook verricht.¹⁶⁾ De minister noemde als voorbeeld o.a. de toepassing van dit beginsel bij de onrechtmatige daad in het arrest Maas/Willems, HR 16 februari 1973, NJ 1974, 463 m.n. HB.

Klaarblijkelijk was de kamer het van harte eens met deze bepaling en onthield hij zich van commentaar. Dit neemt echter niet weg, dat er problemen kunnen ontstaan in het bijzonder wat betreft de mate van overeenkomst, die vereist is: wat zijn dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden? Te verdedigen valt, dat onder omstandigheden een beding tot beperking van de aansprakelijkheid nagenoeg hetzelfde is als één tot uitsluiting van aansprakelijkheid. Maar even goed is in andere omstandigheden het tegenovergestelde vol te houden. Een andere vraag is of het beding, dat de eiser hanteert, onredelijk bezwarend moet zijn. Een bevestigende beantwoording lijkt voor de hand te liggen, maar m.i. hoeft dat niet altijd zo te zijn.

6. De toepassing van het artikellid zal op meer moeilijkheden stuiten, indien de amendementen nr. 27 van mevrouw Salomons aanvaard worden. Zij stelt voor de werking van zwarte en de grijze lijst uit te breiden ten gunste van "kleine ondernemers", bedrijven met minder dan vijftig werknemers. "In pari delicto"-situaties zullen zich ook bij de kleine ondernemers voordoen, omdat een groot aantal van hen contracteert op algemene voorwaarden. Het amendement-Salomons brengt één waarschijnlijk niet gewild gevolg met zich mee: het geval dat een kleine ondernemer een tegen hem ingeroepen beding uit de zwarte lijst vernietigt, terwijl hij ook hetzelfde of nagenoeg hetzelfde beding gebruikt. Gezien de aanhef van art. 6.5.2A.3 wordt er bij de toetsing van de overige inhoud van de overeenkomst geabstraheerd. Blijkens de MvT (blz. 29) geldt die abstractie a fortiori voor de overige omstandigheden van het geval. Klaarblijkelijk valt daar tevens onder het gebruik van hetzelfde of nagenoeg hetzelfde beding door de kleine ondernemer, die zich op dat artikel beroept. In dat geval heeft de aangevallen wederpartij geen beroep op art. 6.5.2A.2c lid 2, maar dat is een conclusie die om weerlegging vraagt.

In het algemeen is het moeilijk te aanvaarden dat een onderneming die zelf algemene voorwaarden hanteert, beschermd zou kunnen worden door de artt. 6.5.2A.3 en 4. Om die reden zou ik geen voorstander zijn van de amendementen.

Het ligt juist meer voor de hand art. 6.5.2A.2c lid 2 een wijdere strekking te geven, in die zin, dat degene die algemene

voorwaarden hanteert geen beroep kan doen op de beschermende werking van afd. 6.5.2A. Op deze manier voorkomt men vragen die zullen rijzen over de mate van overeenkomst, die vereist is. Bovendien wordt ten aanzien van exoneratieclausules aldus duidelijk waar het op staat, gezien het door Rijken geconstateerde massale gebruik van die clausules in algemene voorwaarden.¹⁷⁾ Overigens blijven er ook dan problemen over. Een café-houder die boven zijn kapstok een exoneratieclausule gespijkerd heeft, zou gesteld dat het gespijkerde een algemene voorwaarde is, onredelijk bezwarende bedingen in een bierleveringscontract niet meer kunnen vernietigen.

Toch lijkt mij een ruime werking van de in pari delictoregel te prefereren boven een plaats op een lager plan. Dat het moeilijk is sluitende regels voor deze problematiek te formuleren, mag overigens geen reden zijn de invloed van dit rechtsbeginsel terug te dringen.

7. Zoals door mevrouw Salomons in de toelichting is betoogd is het criterium meer dan vijftig werknemers duidelijk en kenbaar voor de wederpartij. Dat zal in de meeste gevallen volstrekt waar zijn, maar toch zijn er aanzienlijke bezwaren tegen dit criterium als scheidslijn tussen hulpbehoevende en grote ondernemingen. Veel bedrijven en handelsondernemingen met aanzienlijk minder werknemers dan vijftig hebben geenszins te klagen over hun onderhandelingspositie.¹⁸⁾ De enige niet-consument die voortdurend in de discussie naar voren komt als iemand die ook bescherming behoefde, was de *detailist*.¹⁹⁾ Een definitie van de detailhandel is te vinden in art. 1 lid 2 sub a van de Vestigingswet Detailhandel. Het daargenoemde criterium, bedrijfsmatig eenvoudige ambachtelijke of dienstverlenende handelingen verrichten verschilt behoorlijk van het eerstgenoemde criterium. Een detailhandel zal misschien hooguit tien mensen in dienst hebben. De gedachte is aantrekkelijk om een criterium te vinden, dat bij deze wet aansluit. De definitie uit wet moet wel "geprivatiseerd" worden, want er vallen ook filialen van supermarktketens onder; zo'n wijde strekking moet worden voorkomen.

De reflex gereflecteerd

8. Gezien de hoeveelheid wetgeving, ook buiten het nieuwe BW, die de consument beoogt te beschermen, kan deze met een gerust hart, als "equity's darling" van de jaren tachtig, de toekomst tegemoet zien. Het is te hopen dat deze toekomst snel nabij komt, zodat zijn huidige underdog-positie tot het verleden zal gaan behoren. Dat maatschappelijk gewenste wetgeving als gevolg van een gedegen parlementaire behandeling later dan men zou willen in werking treedt is te begrijpen, maar dit uitstel mag niet uitlopen tot vele jaren.

Afd. 6.5.2A heeft een wijdere strekking gekregen op grond van het feit, dat een verstoring van de gelijkwaardigheid van partijen niet alleen beperkt blijft tot gebruik van algemene voorwaarden jegens consumenten.²⁰⁾ Ook bijvoorbeeld een kruidenier of een benzinepompouder kan het overkomen, dat zij geen invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst. De norm van art. 6.5.2A.2a sub a is om die reden algemeen geformuleerd.

De uitwerking van het criterium "onredelijk bezwarend" in de lijsten van de artt. 6.5.2A.3 en 4 is wel beperkt tot consumenten-transacties, juist omdat ze zo op consumentenmaat gesneden zijn. De minister heeft zich met een beroep op de jurisprudentie tegen verdergaande directe werking van de lijsten uitgesproken, omdat deze onvoldoende met de gebruiken en de partijverhoudingen in het handelsverkeer rekening houden.²¹⁾

9. De open norm, die onredelijk bezwarende afwijkingen van aanvullend recht bij algemene voorwaarden verbiedt, is zoals boven gezegd niet beperkt tot overeenkomsten met consumenten. Op haar beschermende werking kan in beginsel iedereen aanspraak maken. Toch is zij geformuleerd in de loop van het wetgevingsproces, dat ten doel had de consument te beschermen.²²⁾ Dat de in economisch opzicht zwakke consument recht had op doorbreking van het zwaarwegende wettelijke gelijkheidsbeginsel toonde de minister op overtuigende wijze aan.²³⁾ Met het oog op zijn positie werd het wetsvoorstel algemene voorwaarden, naast bepalingen van gelijke strekking in boek 7 en 8, ontworpen.

Deze gemotiveerde voorkeursbehandeling wordt echter weer te niet gedaan, als de open norm, die het criterium voor vernietiging aanreikt, "het hart van het wetsvoorstel", algemeen geformuleerd wordt. Dit betekent, dat zij toegepast zou kunnen worden op situaties waarvoor zij niet is geschreven: de ruime toepassingsmogelijkheid zal om die reden moeten leiden tot *rechtsverfijning* om die situaties buiten de werking van de wet te houden, waarvoor de ratio legis niet geldt.²⁴⁾ Deze ratio is het tegengaan in overeenkomsten van een "eenzijdige inhoud van (door een professionele gebruiker voor veelvuldig gebruik opgestelde) algemene voorwaarden, in verband met het gemak waarmee zij de wederpartij die op de inhoud geen invloed heeft, ja zelfs daarmee meestentijds onbekend is, worden opgedrongen."²⁵⁾

De ondernemer, die door een in sterke positie verkerende wederpartij voorwaarden krijgt aangereikt die hem niet bijster gunstig voorkomen, zal vanwege deze strekking geen beroep kunnen doen op art. 6.5.2A.2a sub a. Dit accepteren van nadelige gevolgen is onlosmakelijk verbonden aan de contractsvrijheid. Net zo min heeft iemand, die de antieke klok van zijn buurman zo graag wil kopen, dat hij er een te hoge prijs voor over heeft, een rechtsgrond om de overeenkomst aan te tasten.

Nu is er geen bezwaar om een open norm algemeen te formuleren en aan de rechtspraak over te laten hoe zij verder verfijnd moet worden. Zo is het gebeurd en het gebeurt nog steeds met de onrechtmatige daad.²⁶⁾ Het is echter wel tegen de strategie van de opstellers van het nieuwe BW. Zij prefereren in de regel een omgekeerde benaderingswijze. Een wettelijke regeling wordt voor een beperkt en overzichtelijk gebied geformuleerd en via een algemeen luidende "schakelbepaling" ook buiten dat gebied van toepassing verklaard, maar alleen "voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet". Deze tournure vindt men bijv. in art. 6.5.1.6. Andere schakelbepalingen bevatten soortgelijke of enigszins afwijkende formuleringen. Als voorbeelden kunnen genoemd worden de volmacht (titel 3.3) met overeenkomstige toepassing ten aanzien van andere vertegenwoordigingsfiguren (art. 3.3.16b) ook buiten het vermogensrecht (art. 3.3.16c) en de dwaling (art.

6.5.2.11) in principe geldend voor obligatoire overeenkomsten, maar op grond van art. 6.5.1.6 daartoe niet beperkt.²⁷⁾

10. Zou nu ook afd. 6.5.2A uitgebreid moeten worden met een schakelbepaling? Mijns inziens moet het antwoord daarop ontkennend luiden. Ten eerste zou het een schakelbepaling van een geheel nieuw type worden. Bij de meeste schakelbepalingen wordt verklaard, dat de wetsbepaling niet alleen geldt voor de *rechtshandeling* met het oog waarop zij ontworpen is, maar ook in andere situaties of rechtsbetrekkingen analoog moet worden toegepast, voor zo ver dat gerechtvaardigd is (vgl. volmacht of dwaling). In het geval van afd. 6.5.2A zou de ten gunste van een bepaalde groep *rechtssubjecten* geldende regeling analoog toegepast moeten worden op andere groepen. Ten tweede zal zo'n schakelbepaling veel problemen met zich meebrengen, wegens de daaraan verbonden vaagheden. Verwezen zou dan moeten worden naar de aard van de rechtsbetrekking of de rechtsverhouding, maar zo'n verwijzing zal tot veel onzekerheden aanleiding geven.

Ten derde moet men met afd. 6.5.2A juist als gevolg van de zwarte en de grijze lijst voorzichtig zijn met een schakelbepaling of met reflexwerking in het algemeen. De werking van de artt. 6.5.2A.3 en 4 is beperkt tot consumententransacties, maar de minister acht een zekere normerende werking buiten dat gebied niet uitgesloten.²⁸⁾ Juist die typering en zullen de rechter er te snel toe kunnen verleiden, dat de daar genoemde omstandigheden buiten consumententransacties eveneens een vermoeden van het onredelijk bezwarend zijn geven, zonder dat de ratio van de wet, een ongelijkwaardige onderhandelingspositie, voor die situatie geldt. De West-Duitse rechtspraak over de in art. 24 lid 2 AGB-Gesetz neergelegde reflexwerking van de in de artt. 10 en 11 opgenomen lijsten geeft alleen maar meer voedsel aan deze vrees.²⁹⁾ Door de formulering als voorbeeld dreigt de volgorde te worden omgedraaid bij niet-consumententransacties: eerste het gewraakte beding subsumeren onder een omschrijving in de lijsten, om vervolgens de gebruiker op te dragen het daardoor ontstane vermoeden van een onredelijk bezwarend karakter te weerleggen. Voor zo'n (tendens naar) verzwaring van de bewijslast is echter geen rechtvaardiging en het is zelfs tegen de bedoeling van de

ontwerpers. Op grond van deze argumenten lijkt het niet verstandig een schakelbepaling in afd. 6.5.2A op te nemen.

11. De vraag kan gesteld of naast de openbare orde en de goede zeden en de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid voor ondernemerstransacties, net zoals bij overeenkomsten tussen particulieren, het nieuwe wilsgebrek misbruik van omstandigheden (art. 3.2.10 lid 4) niet voldoende bescherming biedt. Meijers gaf de mogelijkheid aan om met misbruik van omstandigheden het onredelijk gebruik van economisch overwicht tegen te gaan (zie nr. 5) en ook het Bovag II-arrest³⁰⁾ toont aan die mogelijkheid er is. Nagelkerke en vooral Ruitinga werken deze gedachte verder uit. Alleen Bloembergen en Hondius zijn van mening, dat art. 3.2.10 lid 4 voornamelijk oude labiele dames beschermt. Toch is het mijns inziens zo, dat in niet-consumenten-transacties het wilsgebrek misbruik van omstandigheden perspectieven biedt.

Wellicht kan ten aanzien van de beperking van de werking van afd. 6.5.2A een uitzondering gemaakt worden voor de detailist. Voor een definitie zou men aansluiting moeten zoeken bij een "privaatrechtelijke vertaling" van art. 1 lid 2 sub a van de Vestigingwet Detailhandel (zie nr. 8). Maar ook hier geldt, dat niet alle detaillisten over een kam te scheren zijn en dat de artt. 6.5.2A.3 en 4 niet met het oog op hun positie ontworpen zijn.

Een nadeel van het voorstel zou kunnen zijn het wegvallen van de mogelijkheid, dat een ondernemers- of brancheorganisatie een verbodsactie op grond van de artt. 6.5.2A. 6-9 tegen een ondernemer of ondernemersorganisatie kan instellen. In West-Duitsland blijkt echter dat deze organisaties nauwelijks of niet gebruik van deze in art. 13 AGB-Gesetz neergelegde mogelijkheid maken.³²⁾

Besluit

12. Het wordt tijd, de verschillende stukken aaneen te passen. De werking van afd. 6.5.2A dient beperkt te blijven tot consumenten-transacties, net zoals in het geval van bijvoorbeeld de consumentenkoop in titel 7.1. Daardoor wordt voorkomen dat er in procedures debatten ontstaan over de soortgelijkheid van het beding dat de eiser gebruikt in vergelijking met dat van de gedaagde. Bovendien wordt op deze manier een ongewenste reflexwerking van in

beginsel ten behoeve van consumenten geschreven bepalingen voorkomen.

De overige in het nieuwe BW geformuleerde remedies tegen gebreken in rechtshandelingen bieden buiten het consumentenrecht een voldoende bescherming tegen onereuze algemene voorwaarden. Met name het wilsgebrek misbruik van omstandigheden heeft een aantal aanknopingspunten om de rechtsvorming op dit gebied tot ontwikkeling te laten komen. Men zal voor de bestrijding van eenmalige onredelijk bezwarende bedingen overigens ook al snel op dit artikel aangewezen zijn. Een voordeel is dat het rechtsgevolg in beginsel hetzelfde is als dat van art. 6.5.2A.2a: vernietigbaarheid, eventueel beperkt tot het onredelijke beding (art. 3.2.7a).

De zo gekozen oplossing vertoont bovendien grote trekken met de meest recente wet op dit gebied: het Oostenrijkse Konsumentenschutzgesetz.³³⁾ Zij is in haar geheel beperkt tot bescherming van consumenten. In art. 6 KSchG vindt men de nietigheid van een aantal in dat artikel omschreven bedingen, wegens strijd met art. 879 ABGB, strijd met de openbare orde en de goede zeden, een open norm uit het algemene deel van het verbintenissenrecht. Ook in het Oostenrijkse stelsel blijft waar nodig reflexwerking mogelijk: bij arrest 8 juli 1980, 5 Ob 570/80 (Oesterreichische Juristen-Zeitung 1981, blz. 17) paste het Oberste Gerichtshof art. 6 lid 1 sub 8 KSchG analoog toe, door een beding in een huurovereenkomst met een arts voor praktijkruimte wegens strijd met art. 879 ABGB nietig te verklaren.

Noten

- 1) Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (tweede gedeelte) (algemene voorwaarden), 16.983.
- 2) Om de tekst niet te veel met lange formuleringen te belasten zal ik in het vervolg dit tweetal aanduiden met "de minister".
- 3) Zie G.J. Rijken, De stand van zaken met betrekking tot het wetsontwerp algemene voorwaarden, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/4/blz. 120.
- 4) Vaststelling en invoering van titel 7.1 (koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 16.979 nr. 3, MvT, blz. 24.
- 5) Wetsvoorstel 16.9797 (titel 7.1) nr. 5, Toelichting bij de nota van wijziging blz. 3.

- 6) Zie G.J. Rijken De exoneratieclausule toch op de zwarte lijst? NJB '84, blz. 1413 e.v.
- 7) Wetsvoorstel 16.979 (titel 7.1), nr. 3, blz. 40.
- 8) Wetsvoorstel 16.979 (titel 7.1) nr. 3, blz. 14-17; Wetsontwerp 16.983 (algemene voorwaarden) nr. 4, Voorlopig verslag (V.V.), blz. 3; nr. 5, MvA, blz. 1-2.
- 9) Zie V.V., blz. 3 en 4 en Eindverslag (E.V.), blz. 2.
- 10) 9 december 1983 (BGBl I S 3317); vgl. Palandt (Heinrichs), BGB 43e druk, Art. 1 AGBG, Anm 2.
- 11) Palandt (Heinrichs) a.w., Art. 1 Anm. 2c; Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Kommentar, Keulen 1982, Art. 1 Randnummer 25; vgl. BGH 29 juni 1981, NJW 1981, blz. 2344.
- 12) MvT, blz. 12.
- 13) Van Zeven/Du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Deventer 1981, blz. 207.
- 14) Vgl. J.J. Nagelkerke, De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U.-arrest, WPNR 5288, blz. 858 e.v., en D.P. Ruitinga, Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten, diss. UvA, Deventer 1982, met name blz. 211 e.v.
- 15) "In pari delicto vel causa potior est conditio possidentis", Liber Sextus 5, 13, 65 (Bonifatius VIII). Bij gelijk "delict" of gelijke titel is de positie van de bezitter sterker. Zie voor de toepassing bij onrechtmatige daad: C.J.J.C. van Nispen, Rechterlijk bevel en verbod, diss. Leiden, Deventer 1978, blz. 246 e.v.
- 16) MvT, blz. 27-28.
- 17) G.J. Rijken, Exoneratieclausules, Deventer 1983, blz. 31 e.v. en het in noot 3 aangehaalde artikel blz. 1414.
- 18) Vgl. Minister Korthals Altes in de UCV 5, 1 oktober 1984, blz. 5/14-15.
- 19) MvT, blz. 14; Advies inzake het vraagstuk van de toepassing van standaardvoorwaarden bij transacties met de consument, Commissie Consumentenaangelegenheden (CCA) van de SER, uitgave SER 1978, nr. 7, blz. 39 e.v. en Advies van de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf, 's-Gravenhage 1975, blz. 14-15; vgl. tevens Staatssecretaris Van Zeil in de UCV 5, 1 oktober 1984, blz. 5/13.
- 20) MvT, blz. 14.
- 21) MvA blz. 13 e.v.
- 22) Het in noot 19 aangehaalde advies van de CCA, blz. 21.

- 23) Zie bijv. de toelichting voorontwerp consumentenkoop, opgenomen in wetsvoorstel 16.979 (titel 7.1), nr. 3 blz. 6 e.v.; vgl. A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Monografieën Nieuw BW, Deventer 1982, blz. 47 e.v.
- 24) Vgl. Asser-Scholten, Algemeen Deel, Zwolle 1974, blz. 60 e.v.
- 25) MvT, blz. 12.
- 26) Asser-Scholten, a.w. blz. 61 e.v.
- 27) Zie Hartkamp a.w., blz. 24 e.v.
- 28) MvT, blz. 31.
- 29) H. Alisch, Zur Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung im rein kaufmännischen Geschäftsverkehr, Juristenzeitung 1982, blz. 706 e.v.; H.J. Bunte, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz-Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren - Archiv für die civilistische Praxis 181 (1981), blz. 47 e.v. en van dezelfde schrijver Handbuch der AGB, München 1982, blz. 31 e.v. en Ullmer-Brandner-Hensen, AGB-Kommentar, Keulen 1982, 24 Randnummer 15 e.v., vgl. J. Spier, Het wetsontwerp algemene voorwaarden: voor de praktijk funest, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/4, blz. 130.
- 30) HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 m.n. HB.
- 31) A.R. Bloembergen, Exoneratieclausules, Bouwrecht 1969, blz. 356/7; E.H. Hondius, Consumentenvoorwaarden, NJB 1974, blz. 163 e.v.; Nagelkerke en Ruitinga t.a.p. (noot 14).
- 32) Bunte in AcP 181 (1981), blz. 55.
- 33) 8 maart 1979, BGB/1979, 140; vgl. over de tegelijkertijd in lid 3 van art. 879 ABGB opgenomen algemeen geldende norm, dat "gröblich benachteiligende" algemene voorwaarden nietig zijn, kritisch H. Krejci, Ueber "gröblich benachteiligende" Nebenbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern (8790 Abs 3 ABGB), Juristische Blätter 1981, blz. 169 e.v. en 245 e.v., tevens opgenomen in zijn artikel "Konsumentenschutzgesetz und ABGB" uit Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, herausgegeben von H. Krejci, Wenen 1981, blz. 134 e.v.

DE TEKORTKOMING IN HET NBW

Mr P.C. Knol

Van de in boek 6 NBW geregelde onderwerpen behoort de regeling van de "wanprestatie" waarschijnlijk (ook voor de praktijk) tot de belangrijkste. De problemen rond het thema niet-nakoming zijn in het NBW uitvoerig geregeld in, met name, de afdelingen 6.1.6A, 6.1.7, 6.1.8, 6.1.9, 6.1.9A en 6.5.4. Een centrale rol in deze regeling speelt het begrip "tekortkoming", dat door de wetgever geïntroduceerd is. Al vóór het NBW is ingevoerd bestaat er strijd over de precieze inhoud van dit begrip. Hartkamp noemt in het hiervoor afgedrukte interview (blz. 17) dit punt een "puur technische aangelegenheid". Dat wekt de suggestie dat er praktisch geen verschil tussen beide opvattingen zou bestaan. In dit artikel wordt bezien in hoeverre dat juist is en of het NBW zelf in deze controverse meer steun aan de ene of de andere opvatting geeft.¹⁾

Inleiding

1. Van een nieuwe wetgeving mag men verwachten dat de centrale begrippen die gebruikt worden een vaststaande en duidelijk omschreven betekenis hebben. In het NBW hebben de meeste termen dat ook. De meeste van die begrippen worden in de toelichtende stukken uitvoerig beschreven en besproken.

Ten aanzien van het begrip tekortkoming moet men allereerst te rade gaan bij art. 6.1.8.1 en de toelichting daarop. Art. 6.1.8.1 luidt:

"-1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldenaar daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

-2. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt lid 1 slechts toepassing met inachtneming van hetgeen is bepaald in de tweede paragraaf betreffende het verzuim van de schuldenaar."

Het discussiepunt ten aanzien van het begrip tekortkoming in deze bepaling is nu of men, indien de prestatie nog mogelijk is, slechts van een tekortkoming kan spreken indien verzuim is ingetreden, of dat men al voordien van een tekortkoming kan spreken, met dien

verstande dat voor een vordering tot schadevergoeding aan een nader vereiste - namelijk het intreden van verzuim - moet zijn voldaan. De eerste opvatting (I) wordt met name door Hartkamp verdedigd.²⁾ De tweede visie (II) wordt onder meer aangehangen door Hijma en Olthof.³⁾

Ten aanzien van art. 6.1.8.1 lijkt de discussie inderdaad niet anders dan een twist over een puur technische aangelegenheid, zoals Hartkamp stelt.⁴⁾ In beide opvattingen moet men immers langs de bepalingen van art. 6.1.8.6 en volgende (over het verzuim) alvorens de schuldeiser een schadevergoedingsvordering krijgt. Het is echter de vraag of men in andere artikelen waarin met dezelfde term wordt gewerkt tot dezelfde conclusie kan komen. Om dat na te gaan zullen hieronder de verschillende bepalingen waarin het begrip tekortkomen, ofwel het synoniem tekortschieten (zie nr. 2), aan de orde komt worden besproken. Hierbij heb ik mij beperkt tot boek 6 en de titels van boek 7 die tegelijk met boek 6 zullen worden ingevoerd. Door deze opzet - het zij toegegeven - is deze bijdrage in ieder geval zeer technisch van aard.

2. Voordat ik op de diverse bepalingen in ga wil ik echter nog aandacht besteden aan de parlementaire geschiedenis op art. 6.1.8.1, omdat daarin de begrippen tekortkomen en tekortschieten worden besproken. Allereerst een vrij uitvoerig citaat uit de Toelichting⁵⁾:

"De begrippen "tekortschieten in de nakoming" en "tekortkoming" hebben, zoals uit het voorafgaande blijkt, in het ontwerp een bijzonder ruime betekenis en omvatten alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht, in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Anders dan in het begrip "wanprestatie" ligt in "tekortschieten" en "tekortkoming" niet opgesloten dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend."

Deze passage lijkt het meest aan te sluiten bij opvatting II van hierboven. Tekortkomen en tekortschieten zijn immers neutrale begrippen, waarvan men kan spreken als "in enig opzicht" de prestatie achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Tevens leert deze passage dat beide begrippen, tekortkomen en tekortschieten, synoniem zijn, zodat zij beide besproken moeten worden. De volgende passage uit de Memorie van Antwoord⁶⁾ zou echter volgens mij in beide opvattingen verklaard kunnen worden:

"Duidelijk is dat op verschillende wijzen in de nakoming van een verbintenis kan worden tekortgeschoten. Het is daarom

van belang dat het gewijzigd ontwerp, evenals het ontwerp deed, een regel voorop stelt, waardoor voor alle soorten van tekortkomingen in de nakoming buiten twijfel gesteld wordt dat de schuldeiser recht op schadevergoeding heeft, tenzij de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. In het gewijzigd ontwerp wordt daaraan in het tweede lid terstond een bepaling verbonden die herinnert aan een belangrijke onderscheiding die in het nieuwe wetboek ten aanzien van het tekort schieten in de nakoming is aangebracht aan de hand van de vraag in hoeverre de prestatie al of niet blijvend onmogelijk is. Voorzover de prestatie niet reeds blijvend onmogelijk is, gelden de bepalingen van de tweede paragraaf van deze afdeling betreffende het verzuim van de schuldenaar. Het eerste lid kan dan slechts met inachtneming van deze bepalingen toepassing vinden, zoals ook voor de bevoegdheid tot ontbinding van de wederkerige overeenkomst waaruit de vordering wellicht voortspuit, aan de in die paragraaf voor het verzuim van de schuldenaar gestelde eisen moet zijn voldaan. Men zie art. 6.5.4.6 lid 2 van het gewijzigd ontwerp.

Dit impliceert dat ook aan het in het gewijzigd ontwerp gekozen stelsel gestalte wordt gegeven door middel van het begrip verzuim."

De verlangde duidelijkheid op het besproken punt wordt hiermee nog niet gegeven. Heeft dit nu gevolgen voor de toepassing van het NBW?

De tekortkoming in afdeling 6.1.8

3. De termen tekortkomen en tekortschieten komen (begrijpelijkerwijze) het meest voor in de afdeling 6.1.8. Ik noem de volgende artikelen: 6.1.8.1, 6.1.8.2, 6.1.8.3a, 6.1.8.4, 6.1.8.5-1a, 6.1.8.11 lid 2, 6.1.8.13, (het inmiddels vervallen art.) 6.1.8.14a, 6.1.8.17 en 6.1.8.18 lid 1 voor het tekortkomen en 6.1.8.5-1b en 1c, 6.1.8.8, 6.1.8.13 en 6.1.8.16 voor het begrip tekortschieten. Art. 6.1.8.1 kwam hierboven reeds ter sprake. Volgens mij passen beide visies in dit artikel. Want of men tekortkoming nu in ruime (II) of meer beperkte zin (I) opvat, in beide opvattingen moet men langs de verzuimregeling voordat de schuldeiser schadevergoeding kan vorderen.

Hetzelfde zal dan waarschijnlijk moeten gelden voor de art. 6.1.8.2, 6.1.8.3a en 6.1.8.4. In deze artikelen wordt immers de slotzinsnede van art. 6.1.8.1 lid 1 uitgewerkt. De artikelen betreffen alle drie de regeling van de "overmacht" in het NBW. Het belangrijkste gevolg van overmacht is dat geen schadevergoedingsverplichting ontstaat voor de schuldenaar. De band met verzuimre-

geling is dan ook aanwezig, in visie I alleen al door het woord tekortkoming, in visie II door het verband met art. 6.1.8.1.

Toch kan men in de wet hier aanwijzingen vinden dat opvatting II bedoeld is. In art. 6.1.8.6 wordt het verzuim omschreven. Van verzuim is sprake gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de vereisten van de art. 6.1.8.7 en 8 (in het algemeen een ingebrekestelling) is voldaan, *behalve voor zover de vertraging niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend* (of de nakoming blijvend onmogelijk is). Indien er niet kan worden toegerekend ('indien er overmacht is') is er dus geen sprake van verzuim. Met deze kennis is art. 6.1.8.2 in visie I moeilijk te lezen. Het begrip tekortkoming impliceert dan immers (soms) verzuim, maar als aan de vereisten van het artikel is voldaan kan van verzuim geen sprake zijn! Ik ben er van overtuigd dat ook in deze visie de regeling van de overmacht voor niemand een probleem zal opleveren, maar mijns inziens is de formulering van de artikelen in deze visie niet gelukkig.

Hiermee hangt samen dat voor overmacht in het NBW geen verhindering (lijkt mij soortgelijk aan onmogelijkheid) van de nakoming vereist is.⁷⁾ In uitzonderingsgevallen⁸⁾ is ook bij prestaties die nog verricht zou kunnen worden een beroep op overmacht mogelijk. Hieruit blijkt dat de toerekeningsvraag eerder beantwoord mag worden dan de vraag of er van verzuim sprake is. Met andere woorden: het begrip tekortkoming in 6.1.8.2 zal niet altijd verzuim impliceren, indien de prestatie nog mogelijk is, zoals in opvatting I wordt aangenomen.

Hetzelfde geldt voor de art. 6.1.8.3a en 6.1.8.4 lid 1-aanhef. Daarnaast wordt in art. 6.1.8.4 lid 1 het begrip tekortkoming nog eens gebruikt. In de meest recente tekst luidt het lid:

"Indien een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, maar hij in verband met die tekortkoming een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad, heeft de schuldeiser met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking recht op vergoeding van zijn schade tot ten hoogste het bedrag van dit voordeel."

Ook de tweede maal dat het begrip tekortkoming hier wordt gebruikt past dit naar mijn mening in opvatting II. Het voordeel dat door de tekortkoming genoten wordt is onafhankelijk van enig verzuim ontstaan. In visie I wordt het artikel te beperkt gelezen.

Indien men alleen rekening zou houden met het voordeel dat in verband met verzuim genoten is, doet men in dit opzicht afbreuk aan de strekking van het artikel.

4. De begrippen tekortkomen en tekortschieten in 6.1.8.5 leveren geen aanwijzingen op voor één van beide visies. Het gaat hier om de situatie dat de vordering nog niet opeisbaar is. Van verzuim kan dan ook nooit sprake zijn; vgl. art. 6.1.8.6. Wel van belang zijn de art. 6.1.8.8 sub c en 6.1.8.11 lid 2. In opvatting II leveren deze artikelen geen enkel probleem op. In opvatting I lijken we echter in een cirkel verzeild te raken. Art. 6.1.8.8:

"Het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in:
-c. wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenissen zal tekortschieten."

Lezen we dit tekortschieten in de zin die visie I er aan geeft dan wordt het artikel vreemd. Tekortschieten, dat verzuim zou impliceren als voorwaarde voor verzuim. Net als hierboven onder 3 lijkt me dat de genoemde artikelen op dit punt voor niemand een probleem zullen opleveren, maar een letterlijke toepassing van het begrip tekortschieten zoals in visie I wordt voorgestaan is onlogisch. Of mag men het werkwoord tekortschieten niet in dezelfde zin opvatten als het zelfstandig naamwoord tekortkoming? De hierboven geciteerde toelichting schakelt beide in ieder geval wel gelijk.

In art. 6.1.8.13 komen we zowel "tekort geschoten" als "tekortkoming" (2x) tegen. In visie I heeft dit artikel een beperkter werkingsgebied. Alleen de schuldenaar die in verzuim is kan zijn schuldeiser een termijn stellen waarbinnen deze keuze moet maken welke middelen hij wenst uit te oefenen. Indien hij zijn keuze bepaalt op nakoming wil hij dat verzuim gezuiverd zien. In de andere opvatting is de termijnstelling al mogelijk vóór verzuim. In deze opvatting zal de schuldeiser die ontbinding of schadevergoeding wil vorderen alsnog een ingebrekestelling uit dienen te brengen, ook als hij zijn keuze gemaakt heeft, tenzij men uit de termijnstelling door de schuldenaar al kan opmaken dat aanmaning nutteloos zal zijn; vgl. 6.1.8.7 lid 2 (en eventueel 6.1.8.8 sub c). Beide visies zijn mijns inziens in het artikel te passen, al zal het toepassingsgebied enigszins verschillen.

Ten aanzien van de art. 6.1.8.16, 6.1.8.17 lid 3 en 6.1.8.18 lid 1, die alle over het boetebeding gaan, lijkt mij ook opvatting II beter te passen. Indien deze artikelen moeten worden begrepen in de zin die daaraan in opvatting I wordt gegeven, dan krijgt het boetebeding een beperkter werkingsgebied. Alleen "boeten" gesteld op een tekortkoming ten aanzien waarvan de prestatie blijvend onmogelijk is, of ten aanzien waarvan verzuim is ingetreden zouden dan onder deze regeling vallen. Dat dit niet de bedoeling van de wetgever is blijkt uit art. 6.1.8.17a:

"Voor het vorderen van nakoming van het boetebeding is een aanmaning of een andere voorafgaande verklaring nodig in dezelfde gevallen als deze is vereist voor het vorderen van schadevergoeding op grond van de wet."

Als de regeling niet zou slaan op tekortkomingen waarbij nog niet van verzuim sprake is, dan is deze bepaling overbodig. Het bestaan ervan toont aan dat de wetgever hier het begrip tekortkoming heeft gebruikt in de zin die daarin in opvatting II wordt gegeven.

De tekortkoming elders in boek 6

5. Buiten afdeling 6.1.8 komen de termen tekortkoming en tekortschieten meermalen voor. In vele gevallen maken beide opvattingen weinig verschil. Zo lijkt de term "tekortgeschoten in de zorg" in de art. 6.1.7.7 en 6.5.4.7 lid 2 in de discussie geen rol te spelen, omdat hier het tekortschieten in een iets andere (meer beperkte) betekenis wordt gebruikt.⁹⁾ In de artikelen 6.5.2A.3 sub d en sub k en 6.5.2A.4 sub 1 worden de termen alleen gebruikt als verwijzing naar (met name) de afdelingen 6.1.8 en 6.5.4, zodat het gebruik van de termen daar niet veel invloed heeft op de interpretatie ervan. En ten aanzien van de artikelen 6.5.4.6, 6.5.4.20 en 6.5.4.22 geldt in grote lijnen hetzelfde als hierboven bij art. 6.1.8.1. Bij art. 6.5.4.6 blijkt uit lid 2 al dat verzuim een noodzakelijke voorwaarde is, zoals dat voor schadevergoeding blijkt uit art. 6.1.8.1 lid 2. Dat voor de schadevergoedingsvordering van art. 6.5.4.20 verzuim vereist is indien de prestatie nog mogelijk is, blijkt in visie I uit het gebruik van het begrip tekortkoming. In visie II komt men echter tot hetzelfde resultaat. Het artikel verwijst door de formulering "wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd" naar een voltooide ontbinding.

Volgens art. 6.5.4.6 lid 2 is daarvoor in dat geval verzuim vereist. Voor art. 6.5.4.22 leden 2 en 3 geldt iets soortgelijks.

In één hier relevant opzicht loopt de schadevergoeding niet parallel aan de mogelijkheid tot ontbinding. In art. 6.5.4.6 is krachtens lid 2 in geval van tijdelijke onmogelijkheid geen verzuim vereist, terwijl dat voor een vordering tot schadevergoeding ex art. 6.1.8.1 wel vereist is. In dit geval ontstaat het verzuim door een schriftelijke mededeling; zie art. 6.1.8.7 lid 2. In opvatting II levert dit punt geen probleem op, doordat het vereisen van verzuim los wordt gezien van de tekortkoming. In opvatting I is er de merkwaardigheid dat door het woord tekortkoming in lid 1 te gebruiken verzuim wordt vereist, terwijl voor de tijdelijke onmogelijkheid daar in lid 2 impliciet een uitzondering op wordt gemaakt. Ook in deze visie lijkt me de bedoeling van de wetgever volstrekt duidelijk, maar het verschil tussen art. 6.1.8.1 en art. 6.5.4.6, waar hetzelfde begrip tekortkoming wordt gebruikt, is minder eenvoudig te verklaren.

6. Ook de leden 2 van de art. 6.5.4.2 en 6.5.4.4 zijn in opvatting I niet logisch geformuleerd. Deze artikelen gaan over opschortingsrechten bij wederkerige overeenkomsten. Voor een beroep op een opschortingsrecht is heel uitdrukkelijk niet vereist dat de wederpartij in verzuim is. Om de toelichting op art. 6.5.4.2 te citeren¹⁰⁾:

"Voorwaarde voor de bevoegdheid tot opschorting is in het onderhavige artikel, dat de wederpartij haar verbintenis hetzij in het geheel niet, hetzij slechts gedeeltelijk of niet behoorlijk nakomt. Niet vereist is dat de schuldenaar wanprestatie pleegt of in verzuim is; het is dus onverschillig of de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend, en of deze in gebreke is gesteld."

Het gebruik van het woord tekortkoming in zowel de bedoelde artikelleden, als in dit citaat uit de toelichting zijn alleen in opvatting II te begrijpen. In opvatting I kan men hier niet mee uit de voeten.

Het laatste artikel uit boek 6 dat ik wil bespreken is art. 6.5.4.7 lid 1:

"Geen ontbinding kan worden gegrond op een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ten aanzien waarvan de schuldeiser zelf in verzuim is."

Deze bepaling spreekt eigenlijk voor zich. De schuldeiser die in schuldeisersverzuim verkeert kan geen ontbinding vorderen. Volgens art. 6.1.7.4 sluiten schuldeisersverzuim en (schulde-naars-)verzuim elkaar uit. In visie I zou er dan, zo de prestatie nog mogelijk is, nooit van een tekortkoming worden gesproken. Daarmee is in deze visie aan het artikel alle zin ontnomen. In de ruimere opvatting II heeft artikel daarentegen voor bepaalde gevallen zeker betekenis.¹¹⁾ Hier zal overigens de uitkomst in beide opvattingen gelijk zijn.

De tekortkoming in boek 7

7. Ook in de te zamen met boek 6 in te voeren titels van boek 7 worden de begrippen tekortkoming en tekortschieten gebruikt. Allereerst in art. 7.1.1.4a, waarin wordt bepaald dat bij een consumentenkoop de rechten en vorderingen van de koper ter zake van een tekortkoming in de nakoming door de verkoper alleen bij standaardregeling kunnen worden beperkt of uitgesloten.

In de toelichting op dit artikel¹²⁾ wordt gesteld dat met deze formulering bedoeld wordt dat het dwingende karakter van de regeling zich met name uitstrekt tot het recht op schadevergoeding (afd. 6.1.8) en ontbinding (afd. 6.5.4) en niet tot bijvoorbeeld de opschortingsrechten. Hartkamp haalt deze passage uit de toelichting aan als steun voor zijn opvatting.¹³⁾ Legt men deze passage naast het Compendium van Hijma en Olthof¹⁴⁾, dan wijken deze laatste inderdaad af van de toelichting op art. 7.1.1.4a. Volgens Hijma en Olthof is voor een opschortingsrecht een tekortkoming vereist. Datzelfde bleek ook hierboven, onder 6, bij de bespreking van art. 6.5.4.2. Hier meldt de toelichting echter uitdrukkelijk dat een opschortingsrecht niet van het bestaan van een tekortkoming afhankelijk is gemaakt. Aldus wordt in de toelichting op boek 7 eigenlijk gekozen voor opvatting I. Het enige verschil tussen beide passages lijkt namelijk gelegen te zijn in het al dan niet begrijpen van verzuim in de tekortkoming. Op het punt van het verzuim na wordt toch voor een opschortingsrecht niets anders vereist dan een "tekortkomen"; een ten achter blijven van de prestatie dat niet door een opschorting van de andere kant gerechtvaardigd is. Wat hier niet direct uit de wettekst blijkt is in de toelichting te lezen: de wetgever hangt in art. 7.1.1.4a opvatting I aan.

8. Ten aanzien van art. 7.1.3.9 lijken mij beide opvattingen toepasbaar. De rechten ter zake van de in art. 7.1.3.7 bedoelde tekortkoming waarnaar het artikel verwijst omvatten schadevergoeding en ontbinding. Dat voor het uitoefenen van die rechten verzuim nodig is spreekt met het oog op art. 6.1.8.1 en 6.5.4.6 vanzelf, ook in opvatting II. Ten aanzien van de art. 7.7.1f (7.7.1.8), 7.7.4a (7.7.2.4a) en 7.9.7 geldt eigenlijk hetzelfde. Deze artikelen betreffen schadevergoedingsvorderingen, terwijl de band met art. 6.1.8.1 duidelijk wordt aangegeven.

Het laatste te bespreken artikel is art. 7.14.1.6:

"1.- De borg is niet gehouden tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten. 2.- De schuldeiser die de hoofdschuldenaar overeenkomstig artikel 6.1.8.7 in gebreke stelt, is verplicht gelijktijdig aan de borg mededeling te doen."

De twee leden van dit artikel in onderling verband gelezen lijken mee te brengen dat alleen opvatting I hier zinvol is.¹⁵⁾ De bedoeling van het artikel lijkt immers te zijn, dat de borg gewaarschuwd moet worden vóór hij aangesproken kan worden. De term tekort geschoten in lid 1 moet dan verzuim impliceren, omdat anders de waarschuwing van het tweede lid te laat komt. Deze waarschuwing heeft immers alleen zin als de borg pas na het daarna intredende verzuim tot nakoming gehouden is. In opvatting II is de borg al vóór de waarschuwing aan te spreken, omdat voordien al is tekort geschoten.

Men kan dit artikel echter ook op andere wijze lezen en de ontstaansgeschiedenis ervan geeft aanleiding om aan te nemen dat die andere lezing bedoeld is.¹⁶⁾ Lid 1 van het artikel geldt dan alleen voor de nakomingsvordering van de schuldeiser tegen de borg. Deze is tot nakoming gehouden indien de schuldeiser "het nodige heeft gedaan om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet tot betaling overgaat", aldus de toelichting.¹⁷⁾ Dit zal natuurlijk, mede in verband met bewijskwesities, veelal door middel van een ingebrekestelling geschieden, maar nodig is dit dan wellicht niet. Lid 2 ziet in deze lezing alleen op de vordering tot schadevergoeding tegen de borg, uitgezonderd de vertragungsschade, waarvoor art. 7.14.1.7 geldt. Als men het artikel op deze wijze leest, waarbij de artikkelleden over verschillende onderwerpen gaan, dan is visie II er zeer wel in te lezen. Met het oog op de

toelichting die hierboven geciteerd is mag deze opvatting zelfs waarschijnlijker worden genoemd.

Ten aanzien van dit artikel is er dus enige onzekerheid, die wordt gevoeld door het feit dat lezing ervan in eerste instantie een andere indruk wekt dan mogelijk bedoeld is.

Conclusie

9. In het voorafgaande werd min of meer in vogelvlucht gezien of de wetsartikelen waarin de termen tekortkoming, tekortkomen, of tekortschieten worden gebruikt enig licht werpen op de discussie die gaande is over de inhoud van deze begrippen. Ik ben mij ervan bewust dat deze benadering onvolledig is. Een duidelijke keuze tussen de beide onder 1 genoemde opvattingen verlangt een diepgravender onderzoek naar het gehele systeem ter zake van niet-nakoming in het NBW. De omvang van dit artikel staat mij echter niet toe om meer dan een aanzet te geven.

Een voorzichtige conclusie uit het voorgaande is dat de termen niet steeds op dezelfde wijze worden gebruikt. Waar de artikelen van boek 6 volgens mij per saldo meer in de richting van opvatting II gaan, vindt men in boek 7 soms ook opvatting I neergelegd. Ik laat mij niet uit over de wenselijkheid van één van beide opvattingen, maar stel wel de vraag of we gelukkig kunnen zijn met de onduidelijkheid ten aanzien van de begrippen.

Eenzijds concludeerde ik hierboven al meermalen dat het verschil in opvatting meestal niet meebrengt dat men het niet eens is over de strekking of werking van bepaalde artikelen. Ondanks verschil in uitgangspunt lijkt veelal geen verschil in uitkomst. Anderzijds lijkt het niet wenselijk dat het centrale begrip van de toch al niet erg toegankelijke afdelingen die niet-nakoming regelen, wat de inhoud betreft aan discussie onderhevig is. Het lijkt mij dan ook nuttig dat de wetgever op dit punt alsnog duidelijkheid verschaft. Een enkele uitspraak in de parlementaire stukken zal hier echter niet voldoende zijn, omdat niet alle bepalingen geheel passend zijn in of de ene of de andere opvatting. Aanpassing van één of enkele artikelen in de richting van opvatting II zou mijns inziens verreweg het meest eenvoudig te realiseren zijn, omdat deze opvatting in de meeste artikelen beter past. Sterker, en ietwat stoutmoedig, gezegd: het lijkt er op dat opvatting II de

oorspronkelijke inhoud van het begrip tekortkoming weergeeft en opvatting I eerst later is opgekomen. Alleen in de meer recente teksten en toelichtingen is immers deze opvatting beter te passen.

Het NBW schiet in dit opzicht nog niet tekort, maar verwarring is niet denkbeeldig.

Noten

- 1) Een algemeen overzicht over de regeling van de gevolgen van niet-nakoming in het NBW wordt hier niet gegeven. Zie daarvoor bijvoorbeeld: M.M. Olthof, *Capita NBW*, blz. 235-278. Om de omvang van deze bijdrage niet al te omvangrijk te laten worden, heb ik er van afgezien alle besproken wetsartikelen te citeren. In vele gevallen verdient het wellicht aanbeveling de artikelen er bij te lezen.
- 2) A.S. Hartkamp, *Compendium* (1984), nr. 270 en Asser-Rutten-Hartkamp I, zevende druk (1984), nr. 307, blz. 212. Zo ook: Syllabus van de landelijke PAO-cursus NBW, aide memoire bij week 5 (niet-nakoming).
- 3) Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium* (1984), nrs. 349, 366 en 378 en M.M. Olthof, *Capita Nieuwe BW*, blz. 236. In deze zin ook: O.K. Brahn, *Zwaartepunten van het nieuwe vermogensrecht*, tweede druk (1984), blz. 250-251 en G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding volgens NBW en BW*, Studiepocket privaatrecht nr. 32, blz. 6-8.
Niet helemaal duidelijk in dit opzicht is G. Hamaker, *Jonge Baliebundel 1981*, blz. 173, die het meest bij opvatting II lijkt aan te sluiten.
- 4) In het hiervoor afgedrukte interview, blz. 17.
- 5) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 258.
- 6) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 253.
- 7) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 263.
- 8) Zie Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 318.
- 9) Vergelijk over deze artikelen Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 293.
- 10) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 994.
- 11) Ook in deze visie heeft het artikel trouwens beperkte betekenis, maar wel op andere gronden. Zie Jac Hijma en M.M. Olthof, *Compendium*, nr. 520.
- 12) *MvT wetsontwerp 16 979*, blz. 24.
- 13) Asser-Rutten-Hartkamp, nr. 307.

- 14) Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium, nrs. 331, 349 en 515.
- 15) Zoals ik ook al concludeerde in het Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/4, blz. 138.
- 16) Zie de toelichting op art. 7.14.1.6, wetsontwerp 17 779, blz. 25 in verband met de toelichting op art. 7.14.1.7 van het voorontwerp van 1972, blz. 1121.
- 17) Wetsontwerp 17 779, nr. 3, blz. 25.

SMIT/HUIZENHANDEL NAAR KOMEND RECHT

Mr J.M. Hoekstra

De trouwe lezer van de BW-krant herinnert zich vast en zeker de rubriek "nieuwe noten". In deze rubriek werd aan de hand van een bekend arrest nagegaan welke veranderingen het NBW op een bepaald terrein zal brengen. Het lijkt een goed idee deze traditie voort te zetten in het eerste BW-krant-jaarboek. Onderstaande beschouwing betreft het arrest HR 30 april 1948, NJ 1949, 253, m.n. D.J.V. (Smit/N.V. Amsterdamse Huizenhandel).

Casuspositie

De situatie in het onderhavige arrest laat zich als volgt samenvatten.

Tussen bouwondernemer Smit en de N.V. Amsterdamse Huizenhandel komt een mondelinge koopovereenkomst tot stand met betrekking tot aan Huizenhandel toebehorende gronden. Bij deze koopovereenkomst verbindt Smit zich tot het storten van handgeld bij het tekenen van het "voorlopig koopcontract". Zover zal het echter niet komen. Smit blijkt niet in staat het handgeld te storten zodat het "voorlopig koopcontract" nimmer wordt getekend. Inmiddels heeft Smit de gronden opgehoogd tot de door de gemeente voor bouwgronden voorgeschreven hoogte. Dit ophogen is gebeurd met toestemming van Huizenhandel.

Nadat Huizenhandel te kennen heeft gegeven de door Smit aangebrachte werken te willen behouden stelt Smit een vordering tot schadeloosstelling in, gebaseerd op de art. 658 en 659 BW. In hoger beroep verweert Huizenhandel zich hiertegen door te stellen dat de vordering van Smit niet-ontvankelijk is daar de art. 658 en 659 BW in de gegeven situatie niet van toepassing kunnen zijn.

In reconventie vordert Huizenhandel ontbinding van de door haar gestelde koopovereenkomst plus schadevergoeding. In hoger beroep en in cassatie betwist Smit dat tussen hem en Huizenhandel een koopovereenkomst is gesloten omdat vaststaat dat de voor het tot stand komen van de koopovereenkomst statutair vereiste schrift-

lijke toestemming van de raad van commissarissen der N.V. ontbrak.

In cassatie stonden twee rechtsvragen centraal:

- I Welke rechtsgevolgen kunnen ontstaan wanneer degene die met eigen materialen op andermans grond bouwt reeds met de grondeigenaar in een contractuele verhouding staat met betrekking tot die grond?

- II Kan een wederpartij die gecontracteerd heeft met een vertegenwoordiger van een N.V., die niet de statutair vereiste goedkeuring had, zich erop beroepen dat deze overeenkomst geen verbintenissen tot stand brengt?

I.1. De regeling van de artikelen 658 en 659

De art. 658 en 659 zijn ontleend aan art. 555 C.C. Dit artikel is op haar beurt weer ontleend aan Pothier. Pothier gaf indertijd één regeling voor de rechten en plichten die kunnen ontstaan wanneer de eigenaar zijn zaak revindiceert.¹⁾ De grondslag van de verplichting tot schadevergoeding van de eigenaar voor kosten die de bezitter maakte lag in zijn opvatting in het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking.

Onze wetgever van 1838 heeft gedeeltelijk gebroken met dit systeem van Pothier.²⁾ Hij heeft de rechtsbetrekkingen die kunnen ontstaan wanneer de eigenaar zijn zaak revindiceert opgesplitst in twee aparte regelingen. De algemene regeling wordt gegeven in de art. 630-638. Voorzover het gaat om grond waarop gebouwd, gezaaid of geplant is, heeft de wetgever de gevolgen afzonderlijk geregeld in verband met de natrekking: art. 655-660. De regelingen vertonen onderling - nauwelijks te verklaren - verschillen zowel naar hun inhoud als naar hun toepassingsgebied.³⁾

Iets anders is dat in art. 658 de gedachte aan een verrijkingssactie geheel is losgelaten. Krachtens deze bepaling geldt dat wanneer de bouwer te kwader trouw was, de grondeigenaar de keuze heeft tussen het verplichten van de bouwer het gebouwde op eigen kosten weg te nemen en daarbij schadevergoeding te vorderen enerzijds en het behouden van de werken tegen vergoeding van de waarde van de bouwstoffen en het werkloon anderzijds. Voor het

geval dat de waardevermeerdering van de grond lager ligt dan de arbeids- en bouwkosten en een vordering tot afbraak op praktische bezwaren stuit betekent dit dat de eigenaar de kosten van de bezitter moet vergoeden ongeacht de mate waarin hij is verrijkt!

In het onderhavige arrest was Smit de feitelijke macht over de gronden verschaft op grond van diens toezegging een bepaald bedrag aan handgeld te storten bij het tekenen van het "voorlopig koopcontract". Voordien moet hij dus gekwalificeerd worden als houder van de gronden.

Nu spreekt de wet in de onderhavige artikelen alleen over bezitters, niet over houders. De schrijvers waren dan ook verdeeld over de vraag of de bepalingen ook werkten in detentieverhoudingen. Met name Scholten heeft steeds verdedigd dat de art. 656 e.v. alleen de functie hebben de verhouding te regelen die tussen partijen ontstaat die met elkaar in aanraking *komen* doordat de één bouwt op het terrein van de ander.⁴⁾ In 1949 was het woord aan de Hoge Raad.

1.2. Uitspraak Hoge Raad

Met een beroep op de wetsgeschiedenis beslist de Hoge Raad dat de art. 658 en 659 alleen gegeven zijn voor het geval, waarin de betrokken personen op geen andere wijze met elkaar in aanraking zijn gekomen dan doordat de één heeft gebouwd op het terrein van de ander. Wanneer degeen, die met eigen materiaal op andermans grond bouwt reeds tot de grondeigenaar in een rechtsbetrekking staat, worden de rechtsbetrekkingen van partijen bepaald door vaststelling van de inhoud van het contract, waarbij de Hoge Raad overweegt:

"Dat de bepalingen van de artt. 658 en 659 niet slechts niet bestemd zijn om, voor het geval het bouwen op eens anders grond een contractuele basis heeft, de rechten en verplichtingen van partijen te regelen, maar het bovendien doelmatiger is de rechten en verplichtingen van partijen voor dat geval binnen het kader der contractuele rechtsbetrekking naar den wil van partijen en de werking der beginselen van goede trouw en billijkheid te bepalen."

Met deze laatste overweging sloot de Hoge Raad zich aan bij de leer van Bregstein.⁵⁾ In 1948 betoogde Bregstein dat men in een contractuele verhouding niet alleen niet toekomt aan een bijzondere verrijksactie als die van de art. 658 en 659, maar evenmin aan een *algemene* verrijksactie. Het adagium van Bregstein luidde:

"De algemene verrijkingssactie echter kan nimmer een correctie zijn op de regelen, die het contract beheersen." Hij lichtte dit toe door te zeggen dat waar een contract is, eenvoudig geen *behoefte* bestaat aan zo'n algemene actie omdat hetzelfde resultaat langs andere, dogmatisch zuiverder, weg bereikt kan worden. Immers: een contractsregeling kan ruimte laten voor de aanvullende werking van de bona fides (art. 1374 en 1375). Aldus kan een vordering tot teruggave van de verrijking, die niet rechtstreeks uit het contract voortvloeit in sommige gevallen binnen het raam van dat contract wel degelijk gerechtvaardigd zijn, namelijk wanneer de beginselen van de goede trouw en de billijkheid dit met zich mee brengen. Maar, "voor zover de eisen der goede trouw de gehou- denheid van een debiteur uit een contract niet kunnen vermin- deren, kan ook de actie uit ongegronde verrijking de debiteur geen uitkomst verschaffen."

1.3. Regeling NBW

In het NBW is de regeling van de art. 658 en 659 herzien en samengesmolten met die van vergoeding van onkosten bij revindi- catie. Hiermee keert de wetgever dus terug naar het systeem van Pothier.

De nieuwe regeling is geplaatst in titel 3.5, handelende over bezit en houderschap en is verspreid over de art. 3.5.14-3.5.16.⁶⁾ We hebben gezien dat naar huidig recht de bouwer die de gronden in zijn macht had krachtens een rechtsverhouding tot de eigenaar zich niet kan beroepen op de art. 658/659. Wordt dit anders naar NBW? Art. 3.5.16 verklaart de regeling voor de bezitter van art. 3.5.14-15b van overeenkomstige toepassing op een houder van wie het goed wordt opgeëist. Maar hierbij is uitsluitend bedoeld op de houder die niet in een houderschaapsverhouding staat tot de eige- naar. Het artikel vindt dus uitdrukkelijk geen toepassing, indien de houder wordt aangesproken door degene voor wie hij houdt. In dat geval blijft de onderliggende rechtsverhouding beslissend.

De regeling voor de bezitter te goeder trouw (art. 3.5.14) is ook van toepassing op degene die meent en mocht menen dat hij het bezit rechtmatig heeft verkregen, ook al weet hij dat nog niet aan alle vereisten voor overdracht is voldaan: art. 3.5.14 lid 4. Blij- kens de parlementaire geschiedenis moet men hierbij bijvoorbeeld

denken aan het geval dat een koper van een huis reeds de feitelijke macht is verschafte door overhandiging van de sleutels, terwijl aan alle vereisten voor overdracht is voldaan, behalve aan die van de inschrijving van de transportakte.⁷⁾ Voor de toepasselijkheid van art. 3.5.14 geldt deze koper dus als bezitter te goeder trouw, hetgeen onder het huidig recht niet onomstreden is.⁸⁾ Lid 4 vindt evenwel geen toepassing indien de verkoper de koper weliswaar de feitelijke macht over het huis heeft verschafte, maar de levering daarbij door partijen is uitgesteld in afwachting van betaling door de koper. Hoewel deze bepaling dus rechtszekerheid verschafte waar deze voorheen ontbrak, blijft zij buiten toepassing in een situatie als waarin Smit verkeerde.

De bepalingen van art. 3.5.14-16 zijn geschreven voor de situatie waarin de rechthebbende het goed met een goederenrechtelijke vordering opeist. Zij worden van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van de verbintenisrechtelijke vorderingen betreffende ongedaanmaking na de vervulling van een ontbindende voorwaarde (6.1.5.4 lid 2), na onverschuldigde betaling (6.4.2.5) en na ontbinding (6.5.4.18).

Schoordijk plaatst enige kanttekeningen bij deze analoge toepasselijkheid.⁹⁾ Hij betreurt het dat de wetgever de "wijsheid van de Hoge Raad" dat een contractuele relatie derogeert aan de desbetreffende wettelijke regels niet in ere heeft gehouden. Naar zijn mening passen de art. 3.5.14-16 minder goed in de context van een ontbinding. Met een beroep op Smit/Huizenhandel (met name op de hierboven geciteerde overweging) stelt hij dat bij ontbinding het antwoord op vragen omtrent de vergoeding van kosten gevonden moet worden in de regels van ongeschreven recht. Hij relateert deze stelling echter met het inzicht dat ook wanneer art. 6.5.4.18 de regeling van art. 3.5.14-16 *niet* expliciet van overeenkomstige toepassing zou verklaren, de rechter in het voorkomende geval toch wel een "schalkse blik" op deze regeling zou werpen.

Van praktisch belang is dat in het NBW aan de actie uit ongerechtvaardigde verrijking een wettelijke grondslag is verschafte in art. 6.4.3.1. Zij vestigt een wettelijke verplichting tot schade-

vergoeding. De omvang van de verplichting wordt derhalve vastgesteld aan de hand van de centrale afdeling 6.1.9.

Het feit dat ook op andere grond kan worden geageerd staat in beginsel niet aan een vordering uit 6.4.3.1 aan de weg. Samenloop van op contract en op ongerechtvaardigde verrijking steunende vorderingen is dus mogelijk. Dreigt hier een breuk met de leer van Bregstein, de Hoge Raad en Schoordijk¹⁰⁾ dat men in een contractuele verhouding niet toekomt aan een algemene verrijkingactie?

Schoordijk houdt het erop dat het adagium van weleer in een nieuwe gedaante naar voren komt. Of een vermogensverschuiving in een contractuele relatie gerechtvaardigd is of niet zal immers door het contract worden bepaald. Voorzover het contract daartoe de ruimte biedt hebben partijen krachtens art. 6.1.1.2 lid 1 tevens de rechten en verplichtingen die uit redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Het bestaansrecht van art. 6.4.3.1 is gebaseerd op deze zelfde normen. Wanneer de rechter de vordering gerechtvaardigd acht maakt het dus in feite niet uit of hij dit grondt op het contractuele steunpunt van art. 6.1.1.2 lid 1 of op de bepaling van ongerechtvaardigde verrijking.

1.4. De rechtsvraag naar NBW

Het is duidelijk dat het toepassingsgebied van de art. 3.5.14-16 ruimer is dan dat van de huidige regeling van de art. 658 en 659. De rechtsgevolgen die kunnen ontstaan wanneer degene die bouwt op andermans grond reeds met de grondeigenaar in een contractuele betrekking staat, zullen naar komend recht dan ook in meerdere gevallen bepaald worden door de wettelijke regels.

Voor degene die gelijk Smit houder is voor de rechthebbende verandert er evenwel niet veel. Hierboven bleek al dat de positie van Smit- via 6.5.4.18 - niet door de nieuwe regeling bestreken wordt. Dit leidt tot de slotsom dat Smit naar komend recht zijn vordering tot schadeloosstelling baseren kan op contract en/of ongerechtvaardigde verrijking.

II.1. De rechtspositie van de wederpartij bij onbevoegde vertegenwoordiging.

Het hier te moderniseren arrest is vooral een "standaard-arrest" geworden door de wijze waarop de Hoge Raad de tweede rechtsvraag beantwoordde.

Wanneer Huizenhandel in reconventie ontbinding van de koopovereenkomst vordert, ontkent Smit dat tussen hen een geldige overeenkomst is gesloten. In cassatie berust zijn middel op de stelling, dat de derde-contractant die met een onbevoegde vertegenwoordiger heeft gecontracteerd aan deze overeenkomst niet is gebonden, zolang de vertegenwoordigde deze niet heeft bekrachtigd. Ter ondersteuning van deze stelling voert Smit aan dat een andere opvatting voor de wederpartij leidt tot onzekerheid.

De schrijvers blijken verschillend te denken over deze stelling. Dit is allereerst te verklaren uit het feit dat zij ook verschillend denken over het antwoord op de vraag of de door de onbevoegde vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling *nietig* is of *vernietigbaar*.¹¹⁾ De meeste schrijvers nemen aan dat de handeling in dat geval in beginsel rechtseffect mist en dus nietig is. De bekrachtiging van art. 1844 lid 2 wordt in deze visie gezien als vervanging achteraf van de ontbrekende volmacht: zij heeft met terugwerkende kracht de werking van volmachtverlening. Daarnaast wordt verdedigd dat de rechtshandeling alleen dan het beoogde rechtsgevolg mist, als de principaal een beroep doet op de onbevoegdheid. In deze opvatting is de handeling dus in beginsel geldig in zoverre dat haar lot in handen komt te liggen van de principaal. Deze kan haar vernietigen, of bekrachtigen. Kiest hij voor dit laatste dan komt dat erop neer dat hij *afstand* doet van het recht om de handeling te vernietigen. Het zal duidelijk zijn dat in deze "vernietigbaarheidsleer" de derde per definitie éézijdig is gebonden. Van der Grinten zoekt de rechtvaardiging van deze consequentie in een zekere risico-gedachte: de wederpartij aanvaardde de vertegenwoordiger als zodanig en aanvaardde daarmee dan ook het risico dat hij zich op diens kwaliteit verkeken heeft. Een andere visie zou naar zijn mening tot gevolgen leiden die in het economisch verkeer onaanvaardbaar zijn.¹²⁾

Voordat de Hoge Raad zijn uitspraak deed speelde de strijd zich met name af tussen Suijling¹³⁾ en Van Brakel¹⁴⁾. Beide schrijvers maken een onderscheid tussen de positie van de derde te goeder trouw en de derde te kwader trouw. Beiden menen dat de wederpartij die weet of behoorde te weten van de onbevoegdheid van de vertegenwoordiger aan de principaal een *aanbod* doet om tot de overeenkomst toe te treden. Vervolgens verschillen zij in hun beoordeling van het karakter van dit aanbod. Suijling meent dat de derde te kwader trouw een *bindend* aanbod doet en daarmee dus de bevoegdheid prijs geeft om hier nadien op terug te komen. In de visie van Van Brakel is het aanbod van de derde te kwader trouw juist wel *herroepelijk*. Zolang dit aanbod door de vertegenwoordigde niet is aanvaard, kan hij dit dus intrekken. Suijling kent deze bevoegdheid alleen toe aan de derde te goeder trouw. Deze wederpartij wenste de principaal door zijn verklaring direct aan zich te binden. Het zou dan niet redelijk zijn dat de principaal kan kiezen of hij al of niet op die verklaring ingaat. Volgens Van Brakel kan men juist de wederpartij te goeder trouw het recht ontzeggen zich terug te trekken omdat deze niet anders heeft gemeend dan dat hij definitief gebonden was.

11.2. Uitspraak Hoge Raad

De Hoge Raad wijst de stelling van Smit van de hand en aanvaardt als regel:

"...dat een overeenkomst gesloten met een vertegenwoordiger - ondanks diens onbevoegdheid - werking heeft, in zoverre zij den derde-contractant bindt en de vertegenwoordigde het in zijn macht heeft de overeenkomst te bekrachtigen; dat daarbij de bescherming van den derde-contractant, die niet eenzijdig meer kan terugtreden, gezocht moet worden in de erkenning van een recht om aan de onzekerheid, waarin hij verkeert, met inachtneming van een redelijken termijn een einde te maken, zodat hij ook zijn wederpartij gebonden weet of zijn vrijheid herwint."

Na het voorgaande is het opvallend dat de Hoge Raad geen onderscheid maakt tussen de wederpartij te goeder trouw en die ter kwader trouw. Evenmin laat hij zich uit over de juridische positie van de wederpartij wanneer de principaal zich binnen de hem gestelde termijn helemaal *niet* uitspreekt.

11.3. Regeling NBW

Ook het NBW kent geen regeling van de vertegenwoordiging in het algemeen. Wel is een afzonderlijke titel gewijd aan de volmacht: titel 3.3. Krachtens de schakelbepaling van art. 3.3.16b zijn een aantal artikelen hiervan van overeenkomstige toepassing wanneer de vertegenwoordiger optreedt uit ander hoofde dan uit volmacht. Hiertoe behoort onder meer art. 3.3.8, dat handelt over bekrachtiging.

Het eerste lid van art. 3.3.8 bepaalt dat bekrachtiging door degene in wiens naam onbevoegd gehandeld is aan de handeling hetzelfde gevolg verschaft, als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens een volmacht was verricht. In overeenstemming met de hierboven beschreven heersende leer heeft de bekrachtiging dus terugwerkende kracht. Terugwerkende kracht heeft de bekrachtiging echter slechts in zoverre dat rechten van derden, verkregen tussen het moment van de onbevoegd verrichte rechtshandeling en de bekrachtiging gehandhaafd blijven: art. 3.3.8 lid 5.

Zwitser verklaart de bepaling van art. 3.3.8 lid 5 met een andere constructie.¹⁵⁾ Hij wijst de traditionele zienswijze waarin bekrachtiging gezien wordt als volmachtverlening achteraf van de hand. Naar zijn mening moet de terugwerkende kracht niet betrokken worden op het moment van totstandkoming van de overeenkomst, maar op haar *inhoud*. De inhoud betreft een tijdstip in het verleden en werkt daarom terug; niet het ontstaansmoment der overeenkomst. Aldus is het werkelijke tijdstip voor het ontstaan der overeenkomst het tijdstip der bekrachtiging. Rechten van derden worden dan ook door dat tijdstip beheerst.

In het derde lid heeft de wetgever gebroken met "de leer Smit-Huizenhandel" dat de wederpartij in beginsel gebonden is aan de door de onbevoegde vertegenwoordiger gesloten overeenkomst. Een bekrachtiging heeft geen gevolg indien op het tijdstip waarop zij geschiedt, de wederpartij reeds heeft te kennen gegeven dat zij de handeling wegens het ontbreken van een volmacht als ongeldig beschouwt. De ratio van deze bepaling is dat de wederpartij niet gebonden mag zijn, terwijl de vertegenwoordigde vrij is in zijn

keus om al dan niet gebonden te zijn. De Toelichting¹⁶⁾ stelt omtrent deze principiële keuze:

"Indien de onbevoegd verrichte handeling een overeenkomst is, doet zich de vraag voor of de wederpartij vóór de bekrachtiging nog kan terugtreden. In overeenstemming met de algemene voor overeenkomsten geldende regel, dat hij die op goede gronden meent een onvoorwaardelijk geldig contract te hebben gesloten, niet gebonden is aan een overeenkomst wier geldigheid nog in het onzekere is, zal men bevestigend moeten antwoorden, tenzij deze wederpartij het gebrek kende en uit de omstandigheden is af te leiden, dat hij zijn aanbod gestand wenste te doen totdat degene in wiens naam gehandeld was, over al of niet bekrachtigen beslist had."

We herkennen in deze woorden de "aanbod-constructie" van Suijling. Art. 3.3.8 is van aanvullend recht. Met name wanneer het gaat om een overeenkomst kan dus onder omstandigheden worden aangenomen dat de wederpartij zich bij voorbaat heeft gebonden. Wanneer de derde wist met een onbevoegd vertegenwoordiger te contracteren zal hij ook naar NBW niet mogen terugtreden zonder een redelijke termijn in acht te nemen die nodig is voor bekrachtiging.

Deze bevoegdheid tot termijnstelling is gecodificeerd in art. 3.3.8 lid 4.

Wanneer de vertegenwoordigde nalaat om binnen de hem gestelde redelijke termijn te reageren, is de onbevoegd verrichte rechtshandeling definitief van de baan. In dit verband vraagt Van Schilf-gaarde zich af wat rechtens is als er wél een volmacht is, maar de vertegenwoordigde niet reageert: de volmachtgever is immers niet verplicht om de volmacht aan de wederpartij bekend te maken.¹⁷⁾ Vermoedelijk zitten er wel meer haken en ogen aan de nieuwe regeling.¹⁸⁾ In ieder geval lijkt het verstandig bij de formulering van de sommatie de pen op scherp te stellen.

11.3. De rechtsvraag naar NBW

Na het voorgaande lijkt de conclusie gewettigd dat de rechter in het jaar 2000 het verweer van Smit - voorzover deze te goeder trouw was - anders zal beoordelen. Zij is dit niet. In casu vloei-de de onbevoegdheid van de bestuurders van de N.V. Huizenhandel voort uit het ontbreken van de statutair vereiste goedkeuring van

de raad van commissarissen. Dit ontnemt reeds naar huidig recht iedere lading aan de stelling van Smit.

Op 21 juli 1971 is het Nederlands vennootschapsrecht namelijk aangepast aan de eerste E.G.-richtlijn.¹⁸⁾ Een ingrijpende verandering betrof de regeling van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur en bestuurders van een N.V. Belangrijk gevolg hiervan is dat niet uit de wet voortvloeiende beperkingen op de wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur en bestuurders slechts in een zeer beperkt aantal gevallen aan derden mogen worden tegengeworpen. Deze gevallen worden in de eerste twee leden van art. 130 Boek II BW limitatief omschreven. Andere beperkingen dan uit deze bepalingen voortvloeien hebben geen externe, maar uitsluitend *interne* werking: art. 130 lid 3. Op deze gevallen van onbevoegdheid kan dus door of tegen derden geen beroep worden gedaan. Een voorbeeld van zo'n beperking die externe werking mist is de regel dat voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen door het bestuur of bestuurders de goedkeuring nodig is van een ander orgaan. De raad van commissarissen is zo'n orgaan.

Voor de situatie als in Smit/Huizenhandel betekent dit dat Smit geen beroep kan doen op de onbevoegdheid van de vertegenwoordiger. Wanneer Boek 3 is ingevoerd zal lid 3 van art. 130 Boek II BW een uitzondering vormen op de regel van art. 3.3.8 lid 3 j^o 3.3.16b.

Noten

- 1) Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, no. 345 e.v.
- 2) Gedetailleerder hierover: J.H. Beekhuis, R.M. Themis 1960, p. 470 e.v.
- 3) Het is onbetwist dat de art. 630 e.v. ook gelden wanneer de zaak na afloop van een bestaande rechtsverhouding wordt opgeëist door de persoon, met wie de verhouding bestond. Verg. Asser-Beekhuis II, elfde druk, 1983, p. 110 en p. 130.
- 4) P. Scholten, WPNR 2244 (28-12-1912).
- 5) Bregstein, WPNR 4043-4046. Vergelijk ook WPNR 4300 (Verzameld Werk, M.H. Bregstein, Zwolle 1960, resp. p. 286 en p. 305 e.v.).

- 6) Uitvoeriger hierover: Asser-Beekhuis II, elfde druk, 1983, p. 109 e.v. en p. 130 e.v.
- 7) Van Zeben en Du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, p. 447.
- 8) Vergelijk Asser-Beekhuis I, elfde druk, 1980, p. 108.
- 9) H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het NBW, Deventer 1979, p. 548.
- 10) Schoordijk, o.c. p. 51 en p. 455. Verg. ook WPNR 5356.
- 11) Contractenrecht IX, W.A.M. van Schendel, nrs 305 e.v. J. Lubberink, Bekrachtiging na onbevoegde vertegenwoordiging, een verzoening tussen de HR en het NBW, AAE 29 (1980) 8, p. 490 e.v.
- 12) Asser-Van der Grinten I, vijfde druk, 1978, p. 61 e.v.
- 13) J.Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht I, Algemene Beginselen, derde druk, Haarlem, 1948, p. 366-367, en p. 488.
- 14) S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, Tweede Deel, tweede druk, Zwolle, p. 364-365 en Eerste Deel, derde druk, Zwolle, 1948, p. 375-376.
- 15) R. Zwitser, Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen, diss. Leiden 1984.
- 16) Van Zeben en Du Pon, t.a.p. p. 278.
- 17) P. van Schilfgaarde in "Gratia commercii", p. 318.
- 18) Verg. Nieskens-Isphording, WPNR 5713 en Spier in Kwartaalbericht NBW 1985/1 p. 4 en 5. Deze schrijvers menen dat de bepaling om dogmatische resp. praktische redenen onbevredigend is.
- 19) Geraadpleegde literatuur:
J. Netten, "Goede trouw en richtlijnstelsel", NJB 24-9-1983, afl. 32, p. 1049-1051;
J.D.A. den Tonkelaar, Rechtspersonenrecht, 1984, p. 140 e.v.;
Van Schilfgaarde, Rechtspersonen, alg. deel 2e druk 1979, p. 60 e.v.

NAAR EEN ECONOMISCHE ANALYSE VAN DE MEDEDELINGSPLICHT BIJ DWALING

A.G. Castermans

R. Notermans

"Law reform, and indeed law making generally must be alert to the economic implications of their endeavour. The costs, as well as the benefits of legal change need to be weighed carefully ..." citeerde Van Dunné in zijn betoog tégen invoering van het N.B.W. op korte termijn (N.J.B., 1984, blz. 671).

In dit artikel wordt een aanzet gegeven tot een economische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling. De uitkomst van een dergelijke analyse zou haaks kunnen staan op artikel 6.5.2.11 lid 1 sub b N.B.W.: een mededelingsplicht moet in vele gevallen vrij snel worden aangenomen.

1. Het dilemma

Van den Berg verhuurt aan Linnenbank een winkelhuis in Amsterdam voor de periode van september 1975 tot september 1980 met de wettelijke verlengingsmogelijkheden. Bij overeenkomst van 25 juli 1979 aanvaardt Van den Berg dat Türk het bedrijf van Linnenbank overneemt en per 1 augustus 1979 als huurder in diens plaats zal worden gesteld. Türk betaalt de huur niet. Aangesproken tot betaling verweert Türk zich - subsidiar - met een beroep op de nietigheid van de overeenkomst op grond van dwaling. Van den Berg en Linnenbank zouden bij het sluiten van de overeenkomst hebben nagelaten Türk in kennis te stellen van de omstandigheid dat het winkelhuis op korte termijn onteigend en gesloopt zou worden. Kantonrechter en Rechtbank verwerpen het beroep op dwaling, de Hoge Raad bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank:

3.2 Vooropgesteld moet worden - zoals ook het uitgangspunt van het middel is - dat wanneer een partij vóór de totstandkoming van een overeenkomst van bepaalde feiten op de hoogte is die van dien aard zijn dat zij de wederpartij van die feiten in kennis had behoren te stellen om te voorkomen dat deze zich op het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw zich er in het algemeen tegen zal

verzetten dat de eerstbedoelde partij ter afwering van het beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.

De Rb. heeft echter geen blijk gegeven dit te hebben miskend. Zij heeft bij haar oordeel kennelijk mede in aanmerking genomen dat naar de stellingen van Türk naast Van den Berg ook Linnenbank in aanmerking kwam voor de taak om hem van de voormelde feiten op de hoogte te stellen en dat Van den Berg klaarblijkelijk slechts als partij bij de betreffende overeenkomst tussen Türk en Linnenbank betrokken is, omdat bij gebreke van toepassing van art. 1635 BW voor het met die overeenkomst beoogde rechtsgevolg haar medewerking als verhuurster nodig was. Tegen deze achtergrond is de Rb. tot het oordeel gekomen dat het in dit geval niet op de weg van Van den Berg als verhuurster lag om eigener beweging aan Türk inlichtingen te geven omtrent haar eventueel bekende feiten waarvan Türk naar het oordeel van de Rb. in verband met de tervisielegging en aanplakking op zijn minst zelf op de hoogte had moeten zijn en waarvan, naar de voormelde stellingen van Türk insluiten, in elk geval ook Linnenbank, die hem als huurder in zijn plaats stelde, hem op de hoogte had kunnen brengen.

Aldus opgevat komt het oordeel van de Rb. niet met enige rechtsregel in strijd.⁽¹⁾

De mededelingsplicht bij dwaling staat met het arrest Türk/Van den Berg weer in het middelpunt van de belangstelling. De Hoge Raad herhaalt de regel uit zijn arrest Van der Beek/Van Dartel²⁾, maar deze is in casu niet aan de orde. Op grond van de omstandigheden aanvaardt de Hoge Raad dat de Rechtbank aan de mededelingsplicht niet is toegekomen. Hadden de feiten net even anders gelegen - Türk maakt hard dat hij van de sloop niet wist, en Linnenbank en/of Van den Berg hadden moeten begrijpen dat Türk hiervan niets wist, bijvoorbeeld op grond van de door Türk geplande verbouwing van het winkelhuis - dan zou een mededelingsplicht wellicht meer voor de hand hebben gelegen. De omstandigheden van het geval zijn steeds doorslaggevend voor het al dan niet aannemen van een mededelingsplicht. Het is een kwestie van wikken en wegen, met steeds verschillende gewichten. De drie partijen-overeenkomst lijkt een nieuwe factor te zijn in deze afweging, naast factoren als de (vertrouwens-) relatie tussen partijen, deskundigheid, ingewikkeldheid van de transactie, het kanskarakter van de overeenkomst, etc.³⁾

In het algemeen gaat men ervan uit, dat de mededelingsplicht niet te snel mag worden aangenomen. Partijen moeten zich nu eenmaal realiseren dat zij bij onderhandelingen gedeeltelijk tegenstrijdige belangen hebben. Maar tot op welke hoogte wegen belangen van de

wederpartij zwaarder dan van de dwalende? Enkele vuistregels vindt men in de parlementaire geschiedenis van artikel 6.5.2.11 lid 1 sub b N.B.W.: ten eerste dat de wederpartij van de dwalende de dwaling kende of behoorde te kennen; ten tweede dat hij behoorde te begrijpen dat de dwalende de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten; en ten derde dat hij behoorde te begrijpen dat hij de dwalende uit de droom had moeten helpen.⁴⁾ Deze regels zijn niet meer dan randvoorwaarden voor het aannemen van een mededelingsplicht. Nadere criteria, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie, zijn onontbeerlijk. Maar het blijft een ondoorzichtige en vooral onvoorspelbare materie. Welke feiten moeten worden gesteld en bewezen? Hoe ver moet men gaan?

2.1 Waarom rechtseconomie?

Wanneer juridische instrumenten te kort schieten, kan het verfrissend zijn de mededelingsplicht vanuit een andere hoek te benaderen. Biedt de rechtseconomie uitkomst? De economische aanpak heeft aantrekkelijke kanten, die voor de jurist een welkome aanvulling op zijn denkpatroon kunnen vormen.

"Immers juristen hebben het oog gericht op individuele gevallen en op argumenten ad hoc, die aanknopen bij de wet. Zij generaliseren niet, hebben geen oog voor ruimere gevolgen dan die door de wet zijn beoogd en ontberen een formele structuur voor hun analyse. De economen generaliseren juist wel, zij laten de details buiten beschouwing om de grote maatschappelijke lijn in het oog te houden en hanteren een analysemodel met een duidelijke structuur".(5)

Drie vragen staan centraal in de rechtseconomie. *Moeten* rechtsregels doelmatig zijn, welvaartsmaximalisatie nastreven?⁶⁾ *Streven* wetgever en rechter welvaartsmaximalisatie na? Wat zijn de *effecten* van een rechtsregel, gezien vanuit een micro- of macroeconomisch standpunt?⁷⁾

Sommige rechtseconomen willen aantonen, dat rechter en wetgever doelmatigheid nastreven door voor die oplossing te kiezen, die de kosten van een bepaalde transactie zo laag mogelijk houdt (de tweede vraag). Kritici achten de empirische steun voor de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan deze hypothese, te gering. De empirische steun is zelfs zo mager, dat men van elke

regel wel op de een of andere wijze kan zeggen, dat die doelmatigheid wil bevorderen.⁸⁾

Andere rechtseconomen beperken zich dan ook tot het analyseren van de effecten van rechtsregels (de derde vraag), vaak met welvaartsmaximalisatie als gegeven doel. Zijn de gevolgen zoals verwacht? Beantwoordt de regel aan zijn doel? Juist hier lijkt het gebruik van een economisch analyse model een welkome aanvulling op het juridisch denkpatroon.⁹⁾

2.2 Dwaling en rechtseconomie

Wanneer één van de partijen bij een overeenkomst ten tijde van het sluiten ervan een onvolledig beeld heeft van de relevante omstandigheden, dan wordt hij belet in het maken van een vrije keuze. De basis van vrijwilligheid, die nu juist een voorwaarde is om aan te nemen dat een overeenkomst welvaart verhoogt, ontbreekt aan die overeenkomst.

"Where resources are shifted pursuant to a voluntary transaction, we can be confident that the shift involves a net increase in efficiency. The transaction would not have occurred if both parties had not expected it to make them better off".(10)

Een rechtsstelsel dat een dwalingsregel kent, onderkent het belang van de vrije keuze, de autonomie van partijen. In dit licht moet ook artikel 6.5.2.11 N.B.W. worden gezien. Het geeft aan wanneer dwaling rechtens relevant is, maar schiet te kort waar het gaat om criteria te ontwikkelen hoe dwaling moet worden voorkomen. In de rechtseconomie staat juist die vraag centraal.

Informatie omtrent de eigenschappen van een goed of omtrent de markt waarop het goed wordt verhandeld, is - vanzelfsprekend - het beste medicijn tegen dwaling. Bij het ontwikkelen van criteria om dwaling te voorkomen is een zo breed mogelijke informatiestroom een belangrijke factor. Men moet echter de vraag stellen: tot welke prijs? Rechtseconomen beantwoorden die vraag als volgt: de kostenpost 'dwaling' houdt men zo laag mogelijk door het risico van dwaling te leggen bij die partij die de nodige informatie tegen de laagste kosten kan vergaren.

2.3 Kronmans economische analyse

Deze stelling is nader uitgewerkt door de Amerikaanse rechtsec-
noom Anthony Kronman.¹¹⁾ Hij maakt onderscheid tussen informatie
vergaard na weloverwogen onderzoek en bij toeval verkregen
informatie. Kan dit onderscheid ons verder helpen bij het formule-
ren van criteria voor het al dan niet aannemen van een medede-
lingsplicht?

Met op weloverwogen wijze vergaarde informatie doelt Kronman
op:

"information whose acquisition entails costs which would not
have been incurred but for the likelihood, however great,
that the information in question would actually be produced.
These costs may include of course, not only direct search
costs (....) but the costs of developing an initial expertise
as well (....)".(12)

Hiertegenover staat bij toeval verkregen informatie:

"If the costs incurred in acquiring the information would have
been incurred in any case - that is whether or not the infor-
mation was forthcoming".(13)

Het is dit onderscheid dat ten grondslag ligt aan Kronmans econo-
mische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling.

Wie - weloverwogen - informatie heeft vergaard, verwacht
vanwege de kosten die hij hiertoe heeft gemaakt, voordeel te
hebben van deze investering. Zou hij een plicht hebben deze
informatie aan zijn wederpartij te verstrekken, dan onthoudt men
hem de baat. In de toekomst zal hij zich niet zoveel moeite ge-
troosten, en zijn wederpartij - in de verwachting dat hem alles zal
worden verteld - evenmin. De mededelingsplicht zal met zich
brengen dat minder informatie op de markt komt.¹⁴⁾ Zo wordt het
risico van verspilling van schaarse goederen groter. Dit kan
worden voorkomen door bij op weloverwogen wijze vergaarde infor-
matie geen mededelingsplicht aan te nemen. Kronman veronderstelt
dat hierdoor het risico van verspilling van schaarse goederen
kleiner zal zijn, alsmede de informatiestroom niet of minder nadelig
wordt beïnvloed.¹⁵⁾

Wie daarentegen bij toeval van het een en ander op de hoogte
wordt gebracht, kan zonder bezwaar worden verplicht de informa-
tie aan zijn wederpartij door te geven. Wie in de trein op weg naar
huis een gesprek opvangt met informatie, zal wellicht de volgende

keer een "walkman" opzetten, nu hij weet dat het af luisteren van gesprekken hem toch niets oplevert. De dreiging van verspilling van goederen wordt hierdoor echter niet noemenswaardig vergroot. Een mededelingsplicht is op zijn plaats:

"where the decline in the production of a certain kind of information which is caused by denying its possessor the right to appropriate the information for his own benefit is small, it is likely to be more than offset by the corresponding social gain that results from the avoidance of mistakes".(16)

Men bedenke steeds dat het hier een theoretisch model betreft, dat nog in de praktijk moet worden getoetst (zie hierna onder 3.2).

3.1 "Blanket rules" in de jurisprudentie

Of een mededelingsplicht bestaat, moet van geval tot geval worden bekeken. Kronman verwacht dat een louter casuïstische benadering van de mededelingsplicht aan de hand van genoemd onderscheid kostbaar zal zijn. Waarschijnlijk heeft hij het oog op de bewijsproblematiek. Als alternatief draagt hij een aantal "blanket rules" aan. Per categorie van gevallen, waarin het om dezelfde soort informatie gaat, stelt hij vast op welke wijze deze informatie gewoonlijk wordt verkregen: na weloverwogen onderzoek, of bij toeval? Zo kan voor iedere categorie een "blanket rule" worden opgesteld: mededelingsplicht of zwijgrecht.

Uit Kronmans onderzoek zijn een aantal van dergelijke "blanket rules" te destilleren. Hij meent dat de rechtspraak - zij het impliciet - deze regels in acht neemt en dat men de uitkomsten derhalve kan ontleden volgens het onderscheid tussen op weloverwogen wijze en bij toeval verkregen informatie.¹⁷⁾ Geldt dit ook voor de Nederlandse rechtspraak?

Ten aanzien van een belangrijke categorie acht Kronman een mededelingsplicht niet schadelijk voor de informatiestroom: bij koop en verkoop van onroerend goed geldt een mededelingsplicht voor de verkoper in geval van dwaling bij de koper omtrent de essentiële eigenschappen van het goed. Informatie hieromtrent verkrijgt de eigenaar van onroerend goed niet na weloverwogen onderzoek. Pleegt hij kostbaar onderzoek, dan doet hij dat om zijn investering te beschermen, niet om ooit in een betere onderhandelingspositie te

verkeren dan de wederpartij. Het is niet aannemelijk dat een mededelingsplicht de eigenaar zal afhouden van nuttig onderzoek.¹⁹⁾ Kronman brengt echter ook een correctie aan op deze "blanket rule":

"if a seller has no reason that his buyer is mistaken, it would be uneconomical to require him to notify the buyer of (...) defects, since in all likelihood he would only be telling the buyer what the buyer already knows. Communications of this sort needlessly increase transaction costs (...)." (20)

Deze correctie laat zich gemakkelijk vertalen in het kenbaarheidsvereiste: de randvoorwaarde dat de wederpartij van de dwalende begrijpt of moet begrijpen, dat een eigenschap of omstandigheid ontbreekt, die voor de dwalende van essentieel belang is. Nu ligt het voor de hand dat, wanneer wij deze regel toepassen op gevallen uit de Nederlandse jurisprudentie, wij niet tot andere resultaten komen dan de rechter.

Een recent voorbeeld: Kool verkoopt aan Venema een perceel grasland. De grond vertoont ernstige bodemverontreiniging, zo blijkt uit een onderzoek dat enige maanden eerder is verricht. Venema komt dit eerst na de koop te weten en weigert vervolgens de transportakte te ondertekenen. In kort geding voert Kool tegen het beroep op dwaling aan, dat Venema van de bodemverontreiniging op de hoogte had kunnen zijn: in 1977 waren op die grond geweide pinken overleden, de grond was jarenlang gebruikt als vloeiveld van een aardappelmeelfabriek, en in de Grote Gifatlas voor Drenthe staat vermeld dat de grond vrijwel zeker is vergiftigd. De President overweegt, na deze stellingen te hebben afgezwakt:

"Tegenover dit alles staat de positie van eiser als eigenaar van de grond. (...) Gegeven deze wetenschap (omtrent de verontreiniging, AGC/RN) bij eiser, of althans zijn behoren te weten, had hij deze bij gelegenheid van de onderhandelingen met gedaagde, moeten mededelen. Nu hij deze evenwel heeft verzwegen, komt gedaagde naar mijn voorlopig oordeel het beroep op dwaling wel toe". (21)

Ook in andere gevallen heeft de rechter een mededelingsplicht voor de verkoper aangenomen, bijvoorbeeld Rechtbank en Hof in het arrest Van der Beek/Van Dartel. Abas schreef hierover, in dit verband zeer frappant:

IMPUTATIEPERIKELEN

Mr W.A.K. Rank

In het navolgende wordt onderzocht hoe volgens de artikelen 6.1.6.13 en 6.1.6.14 NBW moet worden geïmputeerd wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd. De schrijver komt daarbij tot de conclusie dat beide bepalingen in onderling verband en samenhang beschouwd, onvoldoende houvast bieden om deze vraag adequaat te kunnen beantwoorden. Wijziging van art. 6.1.6.14 is z.i. gewenst.

1. Inleiding

Het komt geregeld voor dat een schuldenaar jegens dezelfde schuldeiser uit verschillende verbintenissen tot meer dan één prestatie is gehouden. Wanneer nu deze prestaties van verschillende aard zijn, en de schuldenaar één bepaalde prestatie aanbiedt, levert de vraag, welke verbintenis daardoor wordt nagekomen in de regel geen problemen op. Dit is evenwel anders, wanneer de desbetreffende verbintenissen gelijksoortig zijn, in het bijzonder wanneer zij alle strekken tot betaling van een geldsom. In dat geval rijst de vraag op welke schuld de betaling moet worden toegerekend. Deze problematiek regelt het NBW in de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14.

In het onderstaande zal worden gezien hoe volgens deze artikelen moet worden geïmputeerd wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd.

Een uiteenzetting van de toekomstige wettelijke regeling passeert de revue. Vervolgens wordt de hier opgeworpen imputatievraag exemplarisch getoetst. Een en ander wordt afgesloten met een conclusie.

2. Toekomstige wettelijke regeling

Verricht de schuldenaar een betaling die zou kunnen worden toegerekend op twee of meer verbintenissen jegens eenzelfde schuldeiser, dan geschiedt de toerekening volgens art. 6.1.6.13 lid 1 op de verbintenis welke de schuldenaar bij de betaling aanwijst. Een en ander komt hierop neer dat de schuldenaar, uitdrukkelijk of stilzwijgend¹⁾, eenzijdig kan bepalen welke schuld door zijn prestatie wordt gedelgd. Dit betekent dat de crediteur die de betaling weigert op de grond dat hij een andere imputatie wenst, in schuldeisersverzuim geraakt.²⁾ Bij gebreke van zodanige aanwijzing geschiedt de toerekening volgens art. 6.1.6.13 lid 2 in de eerste plaats op de opeisbare verbintenissen. Zijn er dan nog meer verbintenissen waarop de toerekening zou kunnen plaatsvinden, dan geschiedt deze in de eerste plaats op de meest bezwarende³⁾ en zijn de verbintenissen even bezwarend, op de oudste.⁴⁾ Zijn de verbintenissen bovendien even oud dan geschiedt de toerekening naar evenredigheid.⁵⁾

Voor de toerekening op geldschulden geeft art. 6.1.6.14 een regeling die op verscheidene punten afwijkt van het in art. 6.1.6.13 vervatte stelsel.

Art. 6.1.6.14 lid 1 bepaalt dat betaling van een geldsom in de eerste plaats in mindering van de kosten strekt, vervolgens in mindering van de verschenen rente⁶⁾ en tenslotte in mindering van de hoofdsom en de lopende rente.⁷⁾ Ingevolge art. 6.1.6.14 lid 2 kan de schuldeiser, zonder daardoor in verzuim te komen, een aanbod tot betaling weigeren, indien de schuldenaar een andere volgorde voor de toerekening aanwijst. Geeft de debiteur in een situatie waarin niet slechts een hoofdsom, doch tevens rente en/of kosten dienen te worden betaald derhalve bij de betaling niet uitdrukkelijk of stilzwijgend te kennen op welke van deze posten hij zijn prestatie wenst geïmputeerd te zien, dan geschiedt de toerekening steeds conform de in art. 6.1.6.14 lid 1 bepaalde volgorde. Een en ander geldt niet alleen indien de hoofdsom reeds opeisbaar is maar ook indien dit nog niet het geval is. In het eerste geval - waarin de rentedragende hoofdsom de meest bezwarende schuld is - vormt art. 6.1.6.14 lid 1 een uitzondering op art. 6.1.6.13 lid 2, terwijl de bepaling in het tweede geval als een toepassing van laatstgenoemd voorschrift kan worden gezien.⁸⁾

Geeft de debiteur bij de betaling wel te kennen hoe hij zijn prestatie wenst geïmputeerd te zien, moet op voorhand worden onderscheiden tussen de situatie dat hij wil toerekenen op een wijze die met de in art. 6.1.6.14 lid 1 bepaalde rangreeks overeenstemt en de situatie dat hij een imputatie wenst die niet aan de volgorde van dat artikel beantwoordt. In het eerste geval doet de hoofdregel van art. 6.1.6.13 lid 1 zich gevoelen en heeft de schuldeiser de betaling te accepteren op straffe van crediteursverzuim.⁹⁾ Voor het tweede geval bepaalt art. 6.1.6.14 lid 2 evenwel dat de schuldeiser het aanbod van betaling kan afwijzen zonder in crediteursverzuim te geraken, daarmee de regel van art. 6.1.6.13 lid 1 doorbrekend.¹⁰⁾ Bij geldschulden gaan de wensen van de schuldenaar derhalve niet zonder meer boven de wettelijke richtlijnen. Afwijking is slechts mogelijk met uitdrukkelijke of stilzwijgende medewerking van de crediteur. Aanvaardt deze een betaling waarbij door de schuldenaar een van art. 6.1.6.14 lid 1 afwijkende imputatie wordt gedaan, dan is hij daaraan, evenals in het geval van art. 6.1.6.13, gebonden en is de door de schuldenaar aangewezen schuld tenietgegaan¹¹⁾. De schuldeiser kan dan niet het betaalde behouden en dit overeenkomstig art. 6.1.6.14 lid 1 imputeren. Maakt de schuldeiser van zijn weigeringsrecht gebruik, dan kan de debiteur zich slechts van zijn verplichtingen bevrijden door een betalingsaanbod te doen waarmee de crediteur zich wel kan verenigen of dat hij in verband met art. 6.1.6.14 niet kan weigeren.¹²⁾ Heeft de schuldeiser de betaling reeds ontvangen dan zal een beroep op art. 6.1.6.14 lid 2 in beginsel met terugbetaling gepaard dienen te gaan. Deze terugbetalingsverplichting is evenwel vatbaar voor verrekening met de oorspronkelijke vordering die als gevolg van de weigering zal zijn blijven bestaan. Op deze verrekening is art. 6.1.10.15 van toepassing, zodat het bepaalde in art. 6.1.6.14 leden 1 en 2 ook dan tot gelding kan komen.¹³⁾

Art. 6.1.6.14 lid 3 tenslotte geeft de schuldeiser de bevoegdheid volledige aflossing van de hoofdsom te weigeren, indien daarbij niet tevens de verschenen en lopende rente alsmede de kosten worden voldaan. Deze bepaling heeft naast de leden 1 en 2 slechts zelfstandige betekenis voor het geval de debiteur wel de hoofdsom doch niet de lopende rente zou aanbieden¹⁴⁾ en geeft de schuldeiser de mogelijkheid te voorkomen dat hij door de schuldenaar in geval van vervroegde aflossing van de hoofdsom met een

vordering terzake van nog lopende en derhalve nog niet opeisbare rente wordt opgezadeld.¹⁵⁾

Wanneer toerekening ten gevolge zou hebben dat een verbintenis slechts partieel kan worden nagekomen, kan ook art. 6.1.6.3 zijn invloed doen gelden. Volgens deze bepaling is de schuldenaar zonder toestemming van de schuldeiser niet bevoegd het verschuldigde in gedeelten te voldoen.¹⁶⁾ Art. 6.1.6.13 regelt een weliswaar aan de imputatie verwante, doch duidelijk van de hare te onderscheiden problematiek. Gaat het bij de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 om toerekening op verschillende schulden, voor toepassing van art. 6.1.6.3 dient men zich telkens de vraag te stellen, of één bepaalde schuld geheel of gedeeltelijk wordt voldaan.¹⁷⁾

Tenslotte zij nog opgemerkt dat de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 van aanvullend recht zijn. Partijen kunnen derhalve uitdrukkelijk of stilzwijgend een andere imputatieregeling overeenkomen.¹⁸⁾

3. Imputatieperikelen

De vraag is nu hoe volgens de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 moet worden geïmputeerd wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd. Het antwoord op die vraag wordt in hoge mate bepaald door de reikwijdte die aan de regeling van art. 6.1.6.14 moet worden toegekend. Gelden de regels van art. 6.1.6.14 uitsluitend binnen éénzelfde 'hoofdverbintenis' strekkende tot betaling van hoofdsom, renten en kosten, dan zou eerst aan de hand van art. 6.1.6.13 moeten worden beslist op welke 'hoofdverbintenis' zou moeten worden geïmputeerd en vervolgens aan de hand van art. 6.1.6.14 hoe de betaling binnen het aldus bepaalde kader op kosten, renten en hoofdsom in mindering zou moeten worden gebracht. Zijn de regels van art. 6.1.6.14 ook van toepassing wanneer tussen schuldenaar en schuldeiser meerdere hoofdverbintenissen bestaan, dan zou eerst over de gehele linie conform art. 6.1.6.14 moeten worden geïmputeerd en pas daarna overeenkomstig art. 6.1.6.13, zodat de betaling primair in mindering zou strekken van het totaal der verschuldigde kosten, vervolgens van het totaal der verschenen renten en tenslotte van het totaal der hoofdsommen met het totaal der lopende renten, terwijl de binnen

deze blokken geldende volgorde weer wordt bepaald door die welke ex art. 6.1.6.13 voor de 'hoofdverbintenissen', bestaat.¹⁹⁾

Een voorbeeld moge een en ander verduidelijken. Op 1 juni 1988 leent De Vries f 10.000,- aan Knol tegen een rente van 16% per jaar. Op 1 juni 1989 leent De Vries nog eens f 3.000,- aan Knol tegen een rente van 18% per jaar. Beide schulden worden op 1 juni 1990 opeisbaar en alsdan dienen ook de verschuldigde interessen (resp. f 3.200,- en f 540,-) te worden voldaan. Op 2 juni 1990 ontvangt De Vries van de PCGD een dagafschrift, waaruit blijkt dat zijn postgirorekening op 1 juni is gecrediteerd voor een bedrag van f 5.000,-, hetwelk Knol daarop zonder nadere vermelding heeft doen overschrijven.²⁰⁾ Gaan wij er nu van uit dat eerst overeenkomstig art. 6.1.6.13 en pas daarna overeenkomstig art. 6.1.6.14 moet worden geïmputeerd, dan levert dat het volgende plaatje op. Toepassing van art. 6.1.6.13 lid 2 brengt met zich mee dat op de schuld van f 3.000,- geïmputeerd moet worden. Immers, beide schulden zijn opeisbaar, maar de schuld van f 3.000,- is de meest bezwarende, vermits zij per gulden de meeste rente kost.²¹⁾ Binnen *dit* bestek moet de betaling nu krachtens art. 6.1.6.14 lid 1 eerst op de verschenen rente (f 540,-) en vervolgens op de hoofdsom (f 3.000,-) in mindering worden gebracht. Resteert nog f 1.460,-. Daarna komt de tweede hoofdverbintenis aan bod. Ook hier doet art. 6.1.6.14 lid 1 zijn invloed gevoelen: de zojuist genoemde f 1.460,- strekt primair in mindering van de verschenen rente ad f 3.200,-. Aan de hoofdsom van f 10.000,- komen we derhalve in het geheel niet toe, terwijl er daarnaast nog f 1.740,- rente verschuldigd blijft.²²⁾ Gaan wij er evenwel vanuit dat de regels van art. 6.1.6.14 ook gelden wanneer tussen schuldenaar en schuldeiser meerdere 'hoofdverbintenissen' bestaan dan levert dit een heel ander beeld op. De betaling strekt dan primair in mindering van het totaal der verschenen renten: f 540,- over de schuld van f 3.000,- en f 3.200,- over de schuld van f 10.000,-.²³⁾ Resteert nog een bedrag van f 1.260,-, dat vervolgens op de meest bezwarende schuld (f 3.000,-) in mindering wordt gebracht. Ook dan komen we aan de hoofdsom van f 10.000,- in het geheel niet toe, terwijl er een gedeelte van de schuld van f 3.000,- (f 1.740,-) onbetaald blijft.²⁴⁾ De verschillen tussen de beide benaderingen worden er nog saillant op als men de casus aldus varieert dat Knol bij de betaling uitdrukkelijk vermeldt dat hier

een gedeelte van de eerste hoofdsom (f 10.000,-) wordt afgelost. Stelt men zich op het standpunt dat de regels van art. 6.1.6.14 leden 1 en 2 uitsluitend binnen het kader van éénzelfde, ex art. 6.1.6.13 bepaalde, hoofdvrenten gelden, dan kan De Vries op grond van art. 6.1.6.14 lid 2 de betaling weigeren en van Knol eisen dat hij eerst de achterstallige rente op deze schuld (f 3.200,-) voldoet. Stelt men zich evenwel op het standpunt dat eerst over de gehele linie volgens art. 6.1.6.14 dient te worden geïmputeerd, dan kan De Vries, zonder in verzuim te komen, ook in dat geval de betaling weigeren en bovendien van Knol eisen dat hij eerst het totaal der verschenen renten (f 3.200,- + f 540,-) voldoet.²⁵⁾

De artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 laten het hier gesignaleerde probleem ongeregeld en ook de toelichting biedt op dit punt geen uitsluitel. Dit is op zijn zachtst gezegd merkwaardig nu de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 woordelijk overeenstemmen met de artt. 1.16 en 1.17 van het Beneluxontwerp Nakoming van verbintenissen²⁶⁾ en de daarbij behorende toelichting wèl uitvoerig op de hier besproken kwestie ingaat en zelfs uitdrukkelijk bepaalt dat de oplossing van dit vraagstuk aan de rechter wordt overgelaten.²⁷⁾ In dit verband is het vrijwel ondenkbaar dat de ontwerpers van de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 een en ander gewoonweg over het hoofd hebben gezien. Uitgesloten is ook dat zij het hierbesproken probleem niet hebben aangesneden in de veronderstelling dat beide artikelen, in onderling verband en samenhang beschouwd, in de thans voorliggende redactie eenduidig zouden bepalen hoe een betaling moet worden geïmputeerd wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd. Het meest ligt dan ook nog voor de hand dat men het terzake van de artt. 1.16 en 1.17 van het Beneluxontwerp bepaalde ook hier van toepassing heeft willen doen zijn, maar heeft verzuimd een en ander in de toelichting te vermelden. Zouden de ontwerpers alsdan hebben onderkend dat de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 op dit punt voor tweeërlei interpretatie vatbaar zijn, maar het aan de rechter hebben willen overlaten aan de hand van de in de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 vervatte regels en de redelijkheid en billijkheid tot een oplossing te komen, ook wanneer men hen een dergelijke gedachtengang ontzegt, zal onder de thans voorliggende redactie het verlossende woord van de

rechter moeten komen.

Het probleem is nu of de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 de rechter voldoende houvast bieden om de vraag, hoe een betaling moet worden geïmputeerd, wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd, adequaat te kunnen beantwoorden. Ik voor mij waag het dit te betwijfelen. Zo wijzen de tekst van art. 6.1.6.14 lid 1 en de volgorde waarin de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 zijn geplaatst mijns inziens in de richting van een imputatie waarbij de regels van art. 6.1.6.14 ingeval van meerdere rentedragende schulden alleen gelden, binnen het kader van eenzelfde, ex art. 6.1.6.13 bepaalde, hoofdverbintenis. Art. 6.1.6.14 lid 1 spreekt immers van 'betaling van een geldsom'. Leest men een en ander in verband met het in art. 6.1.6.13 bepaalde, dan moet dit, mede gelet op het gebruikte enkelvoud, wel tot de conclusie leiden dat hiermee is bedoeld op een geldsom die door art. 6.1.6.13 wordt aangewezen. Voor dit standpunt pleit ook het argument dat de zekerheden die voor de hoofdsom zijn gesteld, de renten en kosten veelal niet of slechts in mindere mate dekken.²⁸⁾ De ratio van art. 6.1.6.14 wijst evenwel in de richting van een imputatie waarbij de regels van art. 6.1.6.14 ook toepasselijk zijn wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd.²⁹⁾ Voor dit standpunt pleit ook het argument dat hoofdsom (en lopende rente), verschenen rente en kosten naar NBW verschillende verbintenissen opleveren.

Van de schrijvers geven alleen Van Opstall en Schoordijk er met zoveel woorden blijk van het probleem te onderkennen en ook zij komen niet tot een eenduidige oplossing. Van Opstall stelt zich zonder enige nadere motivering op het standpunt dat art. 6.1.6.14 zich er niet tegen verzet dat de schuldenaar, die naast een hoofdsom met achterstallige en lopende rente alsmede kosten nog een andere geldschuld aan dezelfde schuldeiser heeft, deze andere schuld delgt door zulks bij de betaling te verklaren.³⁰⁾ Kiest Van Opstall aldus voor het eerstbesproken stelsel, Schoordijk komt met een - weinig overtuigend - beroep op de M.v.A. tot de slotsom dat de schuldeiser de betaling in een dergelijk geval kan weigeren op grond van art. 6.1.6.14 lid 2 en van debiteur kan eisen dat hij eerst de achterstallige renten en kosten op de eerstgenoemde schuld voldoet en kiest derhalve voor de laatst genoemde mogelijkheid.³¹⁾

Al met al moet derhalve worden vastgesteld dat de regeling van de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 aan duidelijkheid te wensen overlaat waar zij rechter én partijen ten enenmale onvoldoende aanknopingspunten biedt om de vraag of de regels van art. 6.1.6.14 ook van toepassing zijn wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd eenduidig te kunnen beantwoorden.

4. Alternatief

Wat mij betreft zou op zijn minst gewenst zijn een wijziging van art. 6.1.6.14 in die zin dat in het eerste lid van deze bepaling met zoveel woorden tot uitdrukking wordt gebracht dat het artikel alleen geldt binnen eenzelfde 'hoofdverbintenis' strekkende tot betaling van hoofdsom, renten en kosten en niet wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd. Aldus zou buiten twijfel worden gesteld dat steeds eerst overeenkomstig art. 6.1.6.13 moet worden beslist op welke 'hoofdverbintenis' moet worden geïmputeerd en vervolgens overeenkomstig art. 6.1.6.14 hoe de betaling binnen het aldus bepaalde kader op kosten, renten en hoofdsom in mindering moet worden gebracht.

Verdiert een dergelijk alternatief alleen al uit oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur boven de huidige redactie, het valt uiteindelijk ook te prefereren boven integrale toepasselijkheid van art. 6.1.6.14. Weliswaar is het zo dat deze oplossing betaling door een derde sterk bemoeilijkt, maar daar staat tegenover dat zij het zwaartepunt minder eenzijdig bij de crediteur legt. Lusten en lasten worden eerlijker over beide partijen verdeeld. Bestaan tussen schuldenaar en schuldeiser meerdere 'hoofdverbintenissen' strekkende tot betaling van hoofdsom, renten en kosten, dan is de schuldenaar soeverein met betrekking tot de vraag op welke 'hoofdverbintenis' de betaling wordt toegerekend. Met betrekking tot de vraag hoe de betaling binnen de aldus aangewezen 'hoofdverbintenis' op kosten, renten en hoofdsom wordt geïmputeerd heeft echter de schuldeiser het laatste woord.³²⁾ Voorts ligt deze redactie niet alleen uit oogpunt van rechtscontinuïteit in de rede maar naar alle waarschijnlijkheid stemt zij ook het meest overeen met de bedoeling van de ontwerpers. En tenslotte lijkt een en

ander in praktijk makkelijker hanteerbaar dan een wijze van imputatie waarbij de betaling weliswaar primair in mindering strekt van het totaal der verschuldigde kosten en het totaal der verschenen renten maar waarbij toch ook weer de hand van art. 6.1.6.13 zal moeten worden bepaald welke kosten en welke renten het eerst voor imputatie in aanmerking komen.

Een gewijzigd art. 6.1.6.14 zou wellicht als volgt kunnen luiden:

Art. 6.1.6.14 - 1. Betaling van een geldsom strekt in de eerste plaats in mindering van de kosten, vervolgens in mindering van de verschenen rente en tenslotte in mindering van de hoofdsom en de lopende rente. Is de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom met eventueel kosten en renten verschuldigd dan wordt de hierbedoelde geldsom aangewezen met inachtneming van het in art. 6.1.6.13 bepaalde.

- 2. De schuldeiser kan, zonder daardoor in verzuim te komen, een aanbod tot betaling weigeren, indien de schuldenaar een andere volgorde voor de toerekening aanwijst.

- 3. De schuldeiser kan volledige aflossing van de hoofdsom weigeren, indien daarbij niet tevens de verschenen en lopende rente alsmede de kosten worden voldaan.

5. Samenvatting en conclusie

De artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14 bieden, in onderling verband en samenhang beschouwd, onvoldoende houvast om de vraag hoe een betaling moet worden geïmputeerd wanneer de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser meer dan één hoofdsom, met eventueel renten en kosten is verschuldigd eenduidig te kunnen beantwoorden. Naar tekst én toelichting blijft in het ongewisse of de regels van art. 6.1.6.14 uitsluitend gelden binnen eenzelfde 'hoofdverbintenis' strekkende tot betaling van hoofdsom, renten en kosten of dat zij ook van toepassing zijn wanneer tussen schuldenaar en schuldeiser meerdere van dergelijke 'hoofdverbintenissen' bestaan.

Er is voldoende grond art. 6.1.6.14 aldus te wijzigen dat in het eerste lid van deze bepaling met zoveel woorden tot uitdrukking wordt gebracht, dat uitdrukkelijk voor de eerste optie wordt gekozen. Verdient een dergelijk alternatief alleen al uit oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur boven de huidige redactie, het

valt uiteindelijk ook om verschillende redenen te prefereren boven een imputatiestelsel waarin de regels van art. 6.1.6.14 generaal toepasbaar zijn.

Noten

- 1) TM, Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, blz. 180; vgl. HR 2 december 1953, NJ 1954, 229.
- 2) TM, t.a.p. blz. 179.
- 3) In elk gegeven geval zal de rechter moeten uitmaken bij de betaling van welke schuld de schuldenaar het meest belang heeft. Hierbij zal vaak de hoogte van de rente een beslissende rol spelen doch ook het feit dat de schuldenaar er belang bij heeft een voor een der schulden verbonden zaak vrij te krijgen en de al dan niet aanwezigheid van een boetebeding. Vgl. Asser-Rutten-Hartkamp I, 7e druk, Zwolle 1984, nr. 252; H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer, 1979, blz. 133.
- 4) Onder de oudste schuld moet worden verstaan de schuld die het eerst geboren is. Aldus: Asser-Rutten-Hartkamp I, t.a.p., nr. 252. Anders: H.C.F. Schoordijk, t.a.p., blz. 133.
- 5) Hetgeen in zoverre een inbreuk op de regel van art. 6.1.6.3 betekent.
- 6) Onder de verschenen rente is te verstaan de reeds vervallen, opeisbare rente. Aldus TM, t.a.p., blz. 181.
- 7) Onder de lopende rente is te verstaan de sedert de laatste vervaldatum weer ontstane en geleidelijk aangegroeide, maar nog niet opeisbare rente. Art. 6.1.6.14 lid 1 noemt de lopende rente in één adem met de hoofdsom omdat zij als bestanddeel van de hoofdsom veelal niet afzonderlijk betaalbaar zal zijn. Wanneer dit krachtens de overeenkomst echter wel mogelijk is, moet ingevolge art. 6.1.6.13 lid 2 eerst op de hoofdsom worden geïmputeerd tenzij de debiteur volgens art. 6.1.6.13 lid 1 eerst op de lopende rente heeft toegekend.
- 8) TM, t.a.p., blz. 181.
- 9) Aldus: Jac. Hijma, Nakoming van verbintenissen, Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek, Zwolle 1982, blz. 205.
- 10) De crediteur zal er immers veelal belang bij hebben dat de toerekening conform art. 6.1.6.14 lid 1 verloopt: M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, blz. 180.
- 11) TM, t.a.p., blz. 181. Men kan dit dogmatisch duiden als het doen van afstand van het recht zich op art. 6.1.6.14 lid 2 te

beroepen. Men vergelijkte art. 6.2.4.14a en houde in het oog dat art. 3.2.3 jo 3.2.2 hier eveneens zijn invloed kan doen gelden.

- 12) Jac. Hijma, t.a.p., blz. 206.
- 13) M.v.A., t.a.p., blz. 180.
- 14) Van de kosten en de verschenen rente is slechts melding gemaakt om a contrario redeneringen te voorkomen. TM, t.a.p., blz. 182.
- 15) TM, t.a.p., blz. 182; M.v.A., t.a.p., blz. 180.
- 16) De schuldeiser kan gedeeltelijke betaling weigeren zonder in schuldeisersverzuim te geraken. TM, t.a.p., blz. 181.
- 17) M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, blz. 157.
- 18) Men zie Asser-Rutten-Hartkamp I, t.a.p., nr. 250.
- 19) Naar huidig recht is dit probleem bij mijn weten nooit met zoveel woorden aan de orde gesteld. Vgl. Asser-Rutten I, 6e druk, Zwolle 1981, blz. 343 e.v.; Hofmann-Drion-Wiersma, 8e druk, 3e oplage, Groningen, 1971, blz. 325; Pitlo-Bolweg, Verbintenissenrecht, 8e druk, Arnhem 1979, blz. 379 e.v. Als ik het goed zie wordt steeds zonder meer voor de eerste optie gekozen. Dat is bijvoorbeeld in Frankrijk geheel anders. Vgl. Code Civil annoté, ed. Fuzier-Herman, tome troisiéme (art. 1048 à 1314), Paris, 1936, ad art. 1254, blz. 610.
- 20) Vgl. W.A.K. Rank, Betaling per giro volgens NBW, een introductie, NJB 1983, blz. 1129 e.v., waartegen W. Sniijders, Betaling per giro, BW-krant jaarboek nr. 1, Leiden 1985, blz. 29.
- 21) Immers, zou de betaling eerst op de schuld van f 10.000,- worden geïmputeerd dan zou overblijven een schuld van f 5.000,- ad 16% en een schuld van f 3.000,- ad 18%. Wordt de betaling eerst op de schuld van f 3.000,- en vervolgens op die van f 10.000,- in mindering gebracht, dan resteert slechts een schuld van f 8.000,- ad 16%.
- 22) Uiteraard kan de crediteur het bedrag f 1.460,- weigeren op grond van de hem in art. 6.1.6.3 verleende bevoegdheid nu een en ander voldoening in gedeelten betekent.
- 23) De binnen het renteblok vigerende volgorde wordt weer bepaald door die welke ex art. 6.1.6.13 voor de 'hoofdverbintenissen' geldt. De post van f 540,- komt derhalve het eerst aan bod, als zijnde gevallen op de meest bezwarende schuld.
- 24) Uiteraard zal art. 6.1.6.3 ook hier zijn invloed kunnen doen gelden.
- 25) De binnen het renteblok vigerende volgorde wordt weer bepaald door die welke ex art. 6.1.6.13 voor de

'hoofdverbintenissen' geldt. De post van f 3200,- komt derhalve het eerst aan bod, als zijnde gevallen op de schuld die Knol voor de imputatie heeft aangewezen.

- 26) Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad, 22 juni 1972, 131-1, Ontwerp Benelux-Overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen. Bijlage I: Gemeenschappelijke bepalingen, artt. 1.16 en 1.17.
- 27) Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad, 22 juni 1972, 131-1, Ontwerp Benelux-Overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen. Bijlage II: Gemeenschappelijke M.v.T., blz. 38.
- 28) Gemeensch. M.v.T., t.a.p., blz. 38.
- 29) M.v.A., t.a.p., blz. 180.
- 30) S.N. van Opstall, Het ontwerp voor het zesde boek van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, WPNR 4757 (1963), blz. 97/98.
- 31) H.C.F. Schoordijk, t.a.p., blz. 133. Schoordijks beroep op de M.v.A. acht ik weinig overtuigend waar uit de door hem aangehaalde passage niet blijkt of de schuldenaar aan dezelfde schuldeiser méér dan één hoofdsom met eventueel renten en kosten is verschuldigd.
- 32) Dit impliceert wel dat de schuldenaar, die naast een hoofdsom met achterstallige rente nog een andere geldschuld aan dezelfde schuldeiser heeft, bij machte is zijn schuldeiser met die eerste schuld te laten zitten.